Grundfragen des Wasserrechts

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

einer Hohen Juristischen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg-Lahn

vorgelegt von

Karl Schwalbe

Referendar zu Marburg

Marburg 1929

Druckerei K. Euker

Berichterstatter: Ministerialrat a. D. Professor Dr. Genzme
Mitberichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Manig

Angenommen am 11. Oktober 1927.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

I. Teil.

Seite

Wasserläufe als öffentliche Sachen kraft öffentlichen Eigentums. 13

Erster Abschnitt: Die Anerkennung staatlicher Hoheitsrechte an den Wasserläufen in früheren und geltenden Wasserrechten. 13
im römischen Recht S. 13, im deutschen Recht vor der Rezeption S. 13, nach der Rezeption S. 15, in neueren Rechten S. 17.

Zweiter Abschnitt: Die rechtliche Struktur des Eigentums öffentlicher Körperschaften an den öffentlichen Flüssen. 20
inhaltlicher Gegensatz von öffentlichem und privatem Eigentum S. 20: Willkür — Ermessen S. 21, Sozial-individualistisch S. 21; Gegensatz der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Auffassung im allgemeinen S. 21.

A. Die privatrechtliche Auffassung. 23
Grundlage S. 23, Folgerungen: bürgerliches Eigentum am Weg S. 24, öffentlich-rechtlich belastet S. 25 Konstruktion dieser Belastung: Recht an eigener Sache S. 25, subjektlos S. 26, Fiskuslehre S. 27.

B. Die öffentlich-rechtliche Auffassung (die Lehre vom öffentlichen Eigentum. 27

a) Geschichtliche Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Rechtsinstitute im Zusammenhang mit der Fiskuslehre. 28
Entstehung und Ausgestaltung der Fiskuslehre S. 28, gemischte Rechtsverhältnisse S. 29, einheitlich - öffentlich - rechtliche Rechtsverhältnisse S. 30, Aufgabe also: diese Entwicklung vollenden: S. 31.

b) Die Entwicklung des öffentlichen Sachenrechts von der Fiskuslehre zur einheitlichen öffentlich-rechtlichen Behandlung. 32
Eigentumsunfähigkeit S. 32, Keller: öffentlich-rechtliches, Jhering: öff. r. dingliches Rechtsverhältnis S. 33, Eisele, Seydel: öffentliches Eigentum S. 34, Otto Mayer, S. 35, öffentlich-rechtliches Mobiliarsachenrecht S. 35.
Anwendungsgebiet der Lehren des öffentlichen Sachenrechts S. 36.

c) Die Lehre Mayers. 37

d) Einwendungen gegen Mayers Theorie. 39

1. Die öffentlichen Sachenrechte sind keine subjektiven Rechte. 39
Öffentliches Eigentum ist kein subjektives Recht S. 39, Rechte der Untertanen können aber subjektive Rechte sein S. 40, Begriff des subjektiven Rechts S. 41: danach Gemeingebrauch S. 41 und verliehenes Recht subj. Rechte S. 42.

2. Verwechselt die Lehre vom öffentlichen Eigentum die Unterscheidung von dominium und imperium? 43
Stand der Meinungen S. 43, Eigentum kein gegenwärtiges Rechtsverhältnis S. 44, sondern ein Rechtsgut S. 46: Inhalt des öffentlichen Eigentums S. 47.
Sachnutzung nicht typisch öffentlich-rechtlich S. 48.

3. Macht die Annahme eines öffentlichen Besitzes die eines öffentlichen Eigentums unmöglich? 48
Grundlage dieses Einwandes Schelchers S. 48, Eigentum und Besitz des bürgerlichen Rechts S. 50, ihm gleichartig Eigentum und Besitz des öffentlichen Rechts S. 50.

4. Das öffentliche Eigentum und das positive Recht. 52
§§ 90, 903 BGB. S. 52, § 911 BGB. S. 53, Art. 181 EG.BGB. S. 54, § 90 GBO. S. 54, Rechtsverhältnisse an nur teilweise in Anspruch genommenen öffentlichen Sachen S. 55.

5. Rechtszuständigkeit mehrerer Körperschaften des öffentlichen Rechts. 55

Wesen der Selbstverwaltung S. 56, Ansicht Mayers unzutreffend; vorgesetzte Behörden üben nicht das öffentliche Eigentum der Gemeinden aus S. 57, Staatsaufsicht — Dienstaufsicht S. 57. Bedeutung der Ansicht Mayers für das System des öffentlichen Sachenrechts S. 58, Bedeutung der hier vertretenen Gegenansicht S. 58.
Vertragliche Verteilung der Zuständigkeit = beschränkte persönliche öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit S. 59, gesetzliche Verteilung S. 64.
Rechtsordnung der persönlichen öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeit S. 65.

e) Ergebnis.

C. Das öffentliche Eigentum in den einzelnen Wasserrechten.

a) Das Reichswasserrecht.
Öffentliches Eigentum: Form der Eigentumsübertragung S. 69, Inhalt S. 70.

b) Das preußische Wasserrecht.
Geschichtliche Entwicklung S. 71, Unveräußerlichkeit des Eigentums S. 72, Belastung nur nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen S. 73.

c) Das badische Wasserrecht.
Öffentliche Gewässer: unveräußerlich S. 75, Zulässigkeit des Rechtswegs für Eigentumsstreit S. 75, Buchungspflicht S. 76.
Öffentliches Eigentum der Gemeinden S. 76.

d) Das sächsische Wasserrecht.
Eigentum unveräußerlich S. 77, Belastung nach öffentlichem Recht S. 77.

e) Das bayerische Wasserrecht.
Eigentum unveräußerlich S. 79, Belastung nur nach öffentlichem Recht S. 79, Zulässigkeit des Rechtswegs für Eigentumsstreit S. 79.

f) Das württembergische Wasserrecht.

g) Das thüringische Wasserrecht.

h) Ergebnis.

Dritter Abschnitt: Gegenstand des öffentlichen Eigentums.
Eigentum am fließenden Wasser S. 82, Besitz S. 84, rechtliche Zusammengehörigkeit von Bett und Wasser S. 84, Folgerungen aus der Annahme eines Eigentums am fließenden Wasser S. 85.

II. Teil.

Wasserläufe als öffentliche Sachen kraft öffentlicher Dienstbarkeit.
Energiereiche Gewässer = öffentliche Sachen: S. 86, Verleihung = Enteignung S. 87, Gegensatz zu den Gewässern der §§ 196 ff. Pr. W. G. S. 88, Zuschlag in der Zwangsversteigerung S. 88.
a. A.: Otto Mayer: zwei Rechtsformen der Verleihung S. 88 und des Gemeingebrauchs S. 89,
öffentliche pers. Dienstbarkeiten auf Anliegergrundstücken S. 89.

III. Teil.

Benutzung der Wasserläufe.

Erster Abschnitt: Das Nutzungsrecht des privatrechtlichen Flußeigentümers im Gegensatz zu den Nutzungsrechten anderer Personen.
Eigentümernutzung S. 90, sonstige Nutzungsrechte S. 91.

Zweiter Abschnitt: Der Gemeingebrauch.
Entstehung S. 91, Rechtliche Natur S. 92, Inhalt S. 93, Ansicht Otto Mayers nicht zutreffend S. 93.

Dritter Abschnitt: Die Gebrauchserlaubnis.
Rechtliche Natur S. 93, kein subjektives Recht S. 95, Besonderheiten des pr. W. G. S. 96, des badischen W. G. S. 96.

Vierter Abschnitt: Das verliehene Nutzungsrecht.
Recht auf Verleihung S. 97, Verleihungsbeschluß S. 98, das verliehene Recht S. 99. Inhalt: Staat und Beliehener S. 99, Beliehener und andere Personen S. 99, Ansicht Otto Mayers nicht zutreffend S. 100, Erlöschen des verliehenen Rechts S. 100.
Sicherstellung alter Rechte S. 101.

Verzeichnis der benutzten Werke.

Anschütz, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigung durch rechtmäßige Ausübung der Staatsgewalt. Verw. Arch. Bd. 5 S. 1—136.

Apelt, Gibt es ein Recht des einzelnen auf Benutzung der öffentlichen Wege? Fischers Zeitschr. f. d. Verwaltung Bd. 30, S. 97—112.

Apelt, Die rechtliche Natur der Erlaubnis besonderer Wasserbenutzung nach dem sächsischen Wassergesetz vom 12. 3. 1909. Fischers Zeitschr. f. d. Verwaltung, Bd. 46, S. 325—349.

Aström, Über das Wasserrecht in Nord- und Mitteleuropa. Leipzig, Lund, 1905.

Balß, Eigentum an öffentlichen Land- und Wasserstraßen. München 1907.

Baron, Begriff und Bedeutung des öffentl. und privaten Wasserlaufs nach alten und neuen Gesetzen. Zeitschr. f. d. vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 1 S. 261—315, Bd. 2 S. 51—104. 1878/1880.

Basten, Die Rechtsverhältnisse bei der Wassernutzung zu Triebwerken an Privatflüssen. Geilenkirchen 1912.

Behr, Vom Rechte des Fiskus. Archiv f. öff. Recht. Bd. 38, S. 288—306.

Behr, Besprechung von Biermann, Die öffentlichen Sachen. Archiv f. öff. Recht, Bd. 21, S. 347—350.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Weimar 1886.

Bezzola, Über Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen mit spezieller Bezugnahme auf schweizer Rechtszustände. Chur 1898.

Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe, 2 Bände, Gotha 1877.

Biermann, Die öffentlichen Sachen, Gießen 1905.

Bitta-v. Kries, Kommentar zum preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913. Berlin 1913.

v. Bitter, Handwörterbuch d. preuß. Verwaltung.

Bochalli, Verleihung und Sicherstellung von Wassernutzungsrechten nach preußischem Wassergesetz. Berlin 1923.

Börner, Revision der neueren Lehren von der Zugehörigkeit der beständig fließenden Gewässer nach römischem u. deutschem Rechte. Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 38, S. 149—185, S. 359—379. 1855.

Bornhak, Das Preußische Verwaltungsrecht unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches. Verwaltgs. Archiv, Bd. 8, S. 1—88.

Brenner, Wassergesetz vom 23. März 1907, Handausgabe mit Erläuterungen. München 1908.

Bühler, Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht (2. Aufl.). Verwaltgs. Archiv Bd. 27, S. 283—313.

Challandes, Das völkerrechtliche Rechtsverhältnis. Archiv f. öff. Recht, Bd. 16, S. 575—607.

Decker, Die Rechtsverhältnisse der geschlossenen Privatgewässer nach bayerischem Wassergesetz vom 23. März 1907. Leipzig 1914.

Denkschrift der Arbeitsgemeinschaft der Wasserkraftbesitzer Thüringens e. V.: Über die Wasserrechtsentwicklung der vormaligen Gebiete Thüringens und über die Vereinheitlichung des thüringischen Wasserrechts. Weimar 1925.

Dernburg, Pandekten, 4. Aufl. Berlin 1894.
Dernburg, Preußisches Privatrecht, 3./4. Aufl. Halle 1894.
Dittmann, Zivilistische Bemerkungen zum bayerischen Wassergesetz von 1907. Zeitschr. f. Rechtspflege i. Bayern. Bd. 4, S. 4—12, 34 bis 37, 60—62, 79 u. 80.
Dorner, Kommentar zum badischen AG. BGB. 1902.
Dorner-Seng, Badisches Landesprivatrecht, Halle 1906.
Dynnebier, Die Bewässerungsanlagen nach bayerischem Recht mit besonderer Berücksichtigung d. Schöpfräder. Nürnberg 1909.
Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu, Rektoratsprogramm, Basel 1873.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, Marburg 1923. Enneccerus, Allgemeiner Teil, 18./21. Aufl. — Wolff, Sachenrecht, 15./19. Aufl.
Eymann, Das Wassergesetz f. d. Königreich Bayern vom 23. März 1907, Ansbach 1908.
Feil, Das Eigentum an öffentlichen Gewässern in der Wassergesetzgebung, speziell in der bayerischen vom 23. März 1907. Speyer 1910.
Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. Tübingen 1922.
Fleiner, Die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht. Antrittsrede. 1906.
Förster, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl. Bd. I, Berlin 1896.
Forthuber, Das Recht der Ufereigentümer nach dem Entwurf eines Wassergesetzes f. d. Königreich Bayern. Würzburg 1907.
Friedrichs, Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht. Archiv f. öff. Recht, Bd. 40, S. 257—348.
Friedrichs, Der allgemeine Teil des öffentlichen Rechts, Berlin 1926.
Friedrichs, Eigentum an öffentlichen Wegen. Gruchots Beitr. Bd. 62, S. 456—478.
Gatterbauer, Das Recht am öffentlichen Wasser nach altem und neuem bayerischen Recht. Erlangen 1909.
Geffken, Zur Geschichte des deutschen Wasserrechts. Zeitschr. d. Savignystiftung f. Rechtsgeschichte, Germanistische Abtlg. B. 21, S. 173 bis 217.
Genzmer, Besprechung von Lassars Grundbegriffen des Wegerechts. Juristische Wochenschrift 1919, S. 809/10.
Georgi, Der sächsische Entwurf eines Wassergesetzes. Ein Beitrag zu seiner Beurteilung. Leipzig 1907.
Gerber, Die öffentlichen Rechte. 1852. Neudruck 1913. Tübingen.
Gerber, Gutachten über die Frage der gewollten Tarifunfähigkeit von Arbeitgeberorganisationen. Hamburg 1926.
Germershausen, Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen. Berlin 1907.
Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. Bd.: Sachenrecht. Leipzig 1905.
Gierke, Genossenschaftsrecht. 2. Bd. 1873.
Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie. Landshut 1808.
Göz, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. Das öffentliche Recht d. Gegenwart, Bd. 2.
Graubner, Das Recht der Benutzung eines Wasserlaufs nach preußischem Wassergesetz v. 7. April 1913. Bonn 1915.

Grünhut, Das Enteignungsrecht. Wien 1873.
Guba, Die öffentlich-rechtlichen Grundlagen des Wegerechts. Leipzig 1917.
Güthe, Die Grundbuchordnung, 3. Aufl. 2 Bde. Berlin 1913.
Haller, Württembergisches Wassergesetz vom 1. Dezember 1900. Aus der Gesetzesbegründung, den Kommissionsberichten und den Kammerverhandlungen erläutert. Stuttgart 1902.
Harster-Cassimir, Kommentar z. bayer. Wassergesetz v. 23. März 1907. München 1908.
Hartmann, Haftung des Staats und der Gemeinde für die Verkehrssicherheit auf öffentlichen Wegen. Preuß. Verw. Bl. 37. Jahrgg. S. 565/567.
Hatschek, Lehrbuch d. deutschen u. preuß. Verwaltungsrechts, 3./4. Aufl. Leipzig 1924.
Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im BGB. Verwaltungs-Arch. Bd. 7 S. 424/480.
Havelka, Das österreichische Friedhofsrecht.
Havelka, Die Rechte an öffentlichen Wegen in Österreich, Wien 1910.
Helfritz, Der Meeresstrand im preußischen öffentlichen Recht der Gegenwart. Festschr.. zum 50jährigen Bestehen des preuß. Oberverwaltungsgerichts, 1925, S. 62—83.
Hermes, Das preußische Wassergesetz vom 7. April 1913. Berlin 1913.
Hesse, Zur Lehre vom Eigentum am Meeresstrande. Kiel 1911.
Hesse, Grundzüge des Wasserrechts nach gemeinem Rechte. Jherings Jahrb. Bd. 7, S. 179—317.
Heußler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Leipzig 1886.
v. Hippel, Ist Diebstahl an fließendem Wasser möglich? Halle 1895.
Höfer, Die Bestimmungen des preuß. Wassergesetzes vom 7. April 1913 über den Gemeingebrauch an Wasserläufen. Göttingen 1917.
Hölder, Amt, Selbstverwaltung und juristische Person. Archiv f. öff. Recht, Bd. 21, S. 308—346.
Holtz-Kreutz, Das preußische Wassergesetz vom 7. April 1913 nebst Ausführungsverordnung. 2 Bde. Berlin 1914.
Hornstein, Die rechtliche Natur der Wasserbenutzung. Leipzig 1910.
Huber, Eugen, Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1900, Heft I.
Huber, Max, Die Wasserrechte nach dem Entwurf des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft. Bd. 12, 2. Zürich 1906.
Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung, 23. Aufl. Berlin 1926.
Jahns, Das naturgemäßeste Wasserrecht.
Jahns, Herkunft und Wesen des sächsischen Wasserrechts. Sächs. Arch. f. Rechtspfl. 1906. Bd. 1, S. 82—92, 114—118.
Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl. Berlin 1906.
Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg 1892.
Jellinek, Georg, Besprechung von Otto Mayers Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Verwaltungs Arch. Bd. 5. S. 304—314.
Jèze, Das Verwaltungsrecht der französischen Republik. Das öffentl. Recht d. Gegenwart, Bd. 23. Tübingen 1913.

v. Jhering, Vermischte Schriften juristischen Inhalts III. Gutachten über den Baseler Schanzenstreit, S. 103—154. Leipzig 1879.

Kaisenberg, Das Recht des Staates an öffentlichen Flüssen nach römischem und deutschem Recht. München 1908.

Kallenbach, Eigentum und Eigentumsbeschränkung an der städtischen Straße. Schwerin 1911.

Kappeler, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, entwickelt aus den Quellen des röm. Rechts. Zürich 1867.

Kaufmann, Das öffentliche Eigentum. Stengel-Fleischmann, Wörterbuch d. deutschen Staats- u. Verwaltungsrechts, S. 707 § 20.

v. Keller, Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel nach deren gegenwärtigem Rechtsverhältnisse betreffend. Langenthal 1861.

Kisch, Elsaß-Lothringisches Landesprivatrecht, Halle 1905. II. Erg. Bd. zu: Das bürgerliche Recht von Dern.

Klöß, Das deutsche Wasserrecht. Halle 1908.

Köhler, Das Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern in Bayern. Leipzig 1910.

Koehne, Ist die laufende Verwaltung der Ortsstraßen im preußischen Landrechtsgebiete ein Ausfluß privaten oder öffentlichen Rechts? Verwaltungs Arch. Bd. 8, S. 116—135. 1900.

Koettgen, Grundprobleme des Wasserrechts. Beiträge zur Wasserwirtschaft, Bd. I, Heft 1. Jena 1925.

Kohler, Sachenrecht. Berlin 1919.

Kormann, Grundzüge des sächsischen Wegerechts. Fischers Zeitschrift Bd. 43, S. 1—111. 1914.

Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910, Neudruck 1925.

Kretschmar, Das sächsische Wassergesetz vom 12. März 1909. Sächs. Arch. Bd. 4. 1909.

Krische, Der Rechtsbegriff des öffentl. Wasserlaufs nach sächsischem Rechte. Sächs. Arch. f. bürgerl. Recht u. Prozeß. Bd. 5, S. 465—508. 1895.

Laband, Die rechtliche Natur des Retrakts und der Expropriation. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 52, S. 151—190.

Lamprecht, Deutsches Wirtschaftsleben im Mittelalter. Leipzig 1886.

Lassar, Grundbegriffe des Wegerechts. Hamburg 1919.

Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts. Leipzig 1902.

Lenhard-Reichau, Preußisches Wassergesetz vom 7. April 1913. Berlin 1919.

Leonhard, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts. Berlin 1923.

Lewy, Zur Geschichte und heutigen Berechtigung des Begriffs: öffentliche Sachen im Gemeingebrauch (res publicae in publico usu). Greifswald 1910.

Loebell, Die Rechte der Anlieger an städtischen Straßen im Geltungsbereiche des ALR. Gruchots Beitr. Bd. 41, S. 1—53.

Lueder, Zwei wichtige Fragen im Wassergesetzentwurf. Deutsche Juristenzeitung 1912, Sp. 1235 ff.

Maurenbrecher, Die deutschen regierenden Fürsten und die Souverainität. Frankfurt 1839.

Mayer, Otto, Lehrbuch d. deutschen Verwaltungsrechts. 2 Bde. 1. Aufl. 1896. 2. Aufl. 1914/17. 3. Aufl. 1924.

Mayer, Otto, Besprechung von Lassars „Grundbegriffe des Wegerechts". Arch. f. öffentl. Recht, Bd. 40, S. 382—384.

Mayer, Otto, Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums. Arch. f. öffentl. Recht, Bd. 21, S. 499 ff.

Mayer, Otto, Eisenbahn- und Wegerecht. Arch. f. öffentl. Recht, Bd. 16, S. 38—87. S. 203—243. 1901.

Mayer, Otto, Neues vom öffentlichen Eigentum. Arch. f. öffentl. Recht, Bd. 39, S. 77—95.

Meier, Die privatrechtlichen Bestimmungen der heutigen Wassergesetzgebung in Preußen, Baden, Bayern und Elsaß-Lothringen. Kiel 1908.

Meyer, Lehrb. d. deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl. Leipzig 1900.

Meyer-Dochow, Lehrb. d. deutschen Verwaltungsrechts. 4. Aufl. München 1913/15.

Moll, Zum Rechte an öffentlichen Wasserläufen. Verwaltungs-Arch. Bd. 16, S. 252—316.

Moll, Zum Entwurf eines preußischen Wassergesetzes. Deutsche Juristen-Zeitung, 1912, Sp. 255 ff.

Moll, Zur Lehre von den öffentlichen Sachen. Gruchots Beiträge Bd. 54, S. 313—354.

Morsbach, Über Eigentum und Gemeingebrauch nach preußischem Wasserrecht. Greifswald 1914.

Müller, Eduard, Das Flußwasser steht im Eigentum! Quedlinburg 1899.

Neumann, Privatrechtliche Studien zur neuen Wassergesetzgebung Preußens und Badens. Freiburg 1913.

Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. Kiel 1866.

Nieberding-Frank, Wasserrecht und Wasserpolizei, 2. Aufl. 1889.

Nieder, Wassergesetz für Württemberg. Ellwangen 1903.

Obermeyer, Wasserbenutzungsrechte an öffentlichen Flüssen und an den im Eigentum des Staates oder Dritter stehenden Privatflüssen. Zeitschr. f. Rechtspfl. i. Bayern, Bd. 4, S. 259—261.

Oertmann, Der Dinglichkeitsbegriff. Jherings Jahrb. Bd. 31, S. 415—467.

Opitz, Das Recht der Gewässer nach sächsischem Recht. Leipzig 1907.

Ossig, Römisches Wasserrecht. Leipzig 1898.

Osswald, Die Rechtsverhältnisse an öffentl. Sachen. Heidelberg 1910.

Perlmann, Öst. Verwaltungsarchiv, Bd. 3, S. 144 ff.

Perthes, Der Staatsdienst in Preußen.

Peterka, Das Wasserrecht der Weistümer. Prag 1905.

Peters, Die Ersitzbarkeit von Gegenständen öffentlich-rechtlichen Eigentums in besonderer Beziehung auf Stücke aus Archiven des Staates oder anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften in Preußen. Verw. Arch. Bd. 24, S. 167 ff.

Peters, Internationale Wasserstraßen. Gruchots Beitr. Bd. 68, S. 369—417.

Pfleghart, Konzessionierung der elektrischen Unternehmung. Arch. f. öffentl. Recht Bd. 18, S. 509—603. 1903.

Pfleghart, Grundzüge einer Wassergesetzgebung über die Ausnutzung und Verwertung der Wsaserkräfte. I. Teil: Die Ausnutzung d. Waskräfte. Zürich 1907.

Piloty, Das Kraftnutzungsrecht des Staates an den öffentlichen Flüssen nach bayerischem Recht. Arch. f. öffentl. Recht, Bd. 25, S. 476—483. 1909.

Rausnitz, Das Recht an den öffentlichen Flüssen nach dem preußischen allgemeinen Landrecht. Gruch. Beitr. Bd. 39, S. 525—542. 1895.

Regelsberger, Pandekten. Leipzig 1893.
Reiserer, Eigentum an Gewässern. München 1909.
Rümelin, Reden und Aufsätze, II. Bd. Freiburg 1881.
Ruland, Die historische Entwicklung der Wassergerechtigkeiten unter besonderer Berücksichtigung Badens. Heidelberg 1913.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts.
Schelcher, Herbert, Der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und Privatrecht. Fischers Zeitschr. Bd. 31, S. 1—98.
Schelcher, Herbert, Zur Lehre vom öffentlichen Eigentum. Fischers Ztschr. Bd. 48, S. 345—397.
Schelcher, Walter, Zur Neuordnung d. sächs. Wasserrechts. Fischers Ztschr. f. Praxis u. Gesetzgebung der Verwaltung. Bd. 35, S. 1—32.
Schelcher, Walter, Einführung in d. neue sächs. Wasserrecht. Fischers Ztschr. Bd. 35, S. 269—372.
Schelcher, Walter, Die rechtl. Natur d. fließenden Gewässer u. der Privatrechte an solchen nach dem sächs. Wassergesetze v. 12. März 1909. Fischers Ztschr. Bd. 46, S. 349—393.
Schelcher, Walter, Wassergesetz f. d. Königreich Sachsen v. 12. März 1909, 2 Bde. Leipzig 1909/10.
Schenkel, Das badische Wasserrecht. Karlsruhe 1902.
Schenkel-Wiener, Das badische Wasserrecht, Wassergesetz vom 12. April 1913. 2. Aufl. v. Schenkel: Das badische Wasserrecht. Karlsruhe 1913.
Schmidt, Grundbegriffe des Wegerechts. Fischers Zeitschr. Bd. 47, S. 1—174.
Schmidt, Gg., Die staatliche Bewilligung zur Anlage von Wassertriebwerken. Leipzig 1908.
Schmidt, Das Recht der Wassernutzung nach preußischem Wassergesetz vom 7. April 1913. Verwaltungs Arch. Bd. 22, S. 89—157.
Schmidt, Zur Frage der rechtlichen Behandlung der Gewässer. Gruchots Beitr. Bd. 52, S. 813—836.
Schultzenstein, Besprechung von Friedrichs: Eigentum an öffentlichen Wegen. Verw. Arch. Bd. 27, S. 164/5.
Schultzenstein, Besprechung von Schelcher: Zur Lehre vom öffentlichen Eigentum. Verw. Arch. Bd. 27, S. 235—238.
Schultzenstein, Die Widmung zum öffentlichen Wege. Verw. Arch. Bd. 28, S. 169—185.
Schwab, Die Konflikte der Wasserfahrt auf den Flüssen mit der Benützung der letzteren zum Maschinenbetriebe, erörtert nach den Grundsätzen des gemeinen in Deutschland gültigen Rechts. Ein Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht. Beilageheft zu Bd. 30 des Archivs für civilistische Praxis, 1847.
v. Seydel, Max, Grundzüge einer allgem. Rechtslehre. Freiburg 1873.
v. Seydel, Max, Bayerisches Verwaltungsrecht. 2. Aufl. 2 Bde. Tübingen 1913. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Band 21, 22.
Stammler, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. 4. Aufl. 1921.
v. Staudinger, Kommentar zum Einführungsgesetz des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 7./8. Aufl. München 1914.
Theissig, Das Recht der Straßenbahngesellschaften zur Benutzung öffentlicher Gemeindewege und die „Straßenbenutzungsverträge". Fischers Zeitschr. Bd. 37, S. 1—51.

Theobald, Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen unter besonderer Berücksichtigung der öffentlichen Friedhöfe. Mannheim 1912.

Thoma, Die Gasröhrenkonzession und die Rechtslage des Röhrennetzes nach Ablauf der Konzessionsdauer. Arch. f. öff. Recht Bd. 38, S. 307 bis 372.

Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Eine Untersuchung zur allgemeinen Rechtslehre. Weimar 1878.

v. Thur, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Berlin 1910.

Tuma, Das Eigentum an öffentlichen Gewässern. Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern. 4. Jahrgg. S. 286/7, 1908.

Trautmann, Das Eigentum an öffentlichen Flüssen im Gebiet des Allgemeinen Landrechts. Gruch. Beiträge, Bd. 48, S. 330 ff.

Waldecker, Literatur zum preußischen Wassergesetz vom 7. April 1913. Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, Bd. 53, S. 145—162. 1916.

Wappaeus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehre entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht. Göttingen 1867.

Windscheid-Kipp, Pandekten, 9. Aufl. Frankfurt 1906.

Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht. Göttingen 1854.

I. Teil.

Wasserläufe als öffentliche Sachen kraft öffentlichen Eigentums.

Erster Abschnitt:

Die Anerkennung staatlicher Hoheitsrechte an den Wasserläufen in früheren und geltenden Wasserrechten.

Die meisten deutschen Wasserrechte haben die natürlichen Wasserläufe nach ihrer Bedeutung für den Verkehr eingeteilt. Die für die Schiffahrt, teils aber auch die für die Energieerzeugung bedeutenden Wasserläufe (die öffentlichen Gewässer) haben sie zu allen Zeiten unter den verschiedenartigsten Rechtsformen einem Träger öffentlicher Gewalt (den Markgenossenschaften als Allmende, dem Kaiser als Regal, den Fürsten zu Lehen, den Territorien und schließlich auch dem Reich zu Eigentum) überlassen. An den für die Wasserwirtschaft und den Schiffverkehr bedeutungslosen Wasserläufen (den privaten Gewässern) dagegen haben sie allgemein Privateigentum der Anlieger anerkannt.

1. So unterschied auch schon das Recht des corpus iuris die bedeutenden und die unbedeutenden Flüsse, die flumina publica und die flumina privata. Alle Flüsse, die auch während des Sommers flossen, waren flumina publica[1]). Als res extra commercium waren diese dem privatrechtlichen Rechtsverkehr entzogen[2]). Privatrechtliches Eigentum von Untertanen wurde an ihnen nicht anerkannt. Sie waren Gemeingut aller, res communis omnium.

Ob die römischen Juristen der klassischen Zeit auch die Auffassung vertreten haben, die flumina publica seien Eigentum der res publica romana, oder ob sie diese als res nullius behandelten und daher auch kein Eigentumsrecht des römischen Reiches anerkannten, ist in der gemeinrechtlichen Literatur streitig gewesen[3]). Da dieser Streit aber nur geschichtliche Bedeutung hat, kann in diesem Zusammenhang die Feststellung seines Bestehens genügen. Für uns interessant ist nur, daß eine Meinung, gestützt auf die römischen Quellen, behauptet, die flumina publica seien in Rom absolut eigentumsunfähig gewesen.

[1]) Vgl. l. 1 § 1 D. de fluminibus 43, 12. Insbesondere § 3.
[2]) Schwab in Arch. f. ziv. Prax. Bd. 30, Beil. S. 39, Anm. 59 f
[3]) Vgl. Wappäus a. a. O. S. 21 ff.; Hesse: Grundz. d. Wasserrechts nach gemeinem Recht in Jh. Jahrb. Bd. 7, S. 181 ff.;Börner: Arch. f. ziv. Prax.. Bd. 38, S. 149 ff.; Baron Z. f. Vergl. Rechtswiss. Bd. 1, S. 264 ff.

2. Da es in Deutschland austrocknende Wasserläufe in größerem Umfange nicht gab, haben die deutschen Rechtsquellen aus der Zeit vor der Aufnahme des römischen Rechts[4]) die Unterscheidungsmerkmale der öffentlichen und privaten Gewässer unabhängig vom römischen Rechte den klimatischen Verhältnissen ihres Landes angepaßt.

a) Auch die kleineren, nicht austrocknenden Wasserläufe hatten in Deutschland für die Volkswirtschaft keine Bedeutung. Auch sie waren daher private Gewässer. Die Weistümer und die Rechtsbücher jener Zeit überließen sie dem freien und sozial kaum gebundenen Eigentum der Anlieger. Zwar sagen die Weistümer dies nicht ausdrücklich, die Einstellung ihrer Verfasser kommt aber häufig in der Ausdrucksweise, insbesondere in dem dem Flußnamen beigefügten Possessivpronomen zum Ausdruck[5]).

Eine der römischen Einteilung entsprechende scharfe Abgrenzung lassen die Quellen vermissen. Begriffsbestimmungen fehlen. Daher läßt sich aus ihnen auch nicht zweifelsfrei entnehmen, welche Wasserläufe zu den privaten Gewässern gehörten. Im allgemeinen wird man die sog. „wilde Woge" zu ihnen zu rechnen haben, d. h. man wird mit Peterka[6]) annehmen müssen, daß alle Bäche und Rinnsale private Gewässer waren, wenn sie nach örtlicher Lage oder Wassermenge keine Bedeutung für die Gemeinden hatten. Jedoch ist diese Ansicht gerade mit Rücksicht auf II, 28 § 1 des Sachsenspiegels nicht unbestritten[7]).

b) An allen übrigen Wasserläufen erkennen alle Rechtsquellen jener Zeit kein Privateigentum oder auch nur ein ähnliches privates Recht des Kaisers, der Fürsten, der Anlieger oder anderer Personen an. Sie beschränken sich vielmehr darauf, die Benutzung dieser Wasserläufe eingehend zu regeln und unterstellen ihre Benutzung zur Schiffahrt[8]) und zum Betrieb der Mühlen[9]) dem erhöhten Schutze

[4]) Sachsenspiegel Buch 2 Art. 28, §§ 1, 2, 4; Art. 36 § 5; Art. 56 §§ 2, 3; Art. 61 § 1, 2. Spiegel deutscher Leute Art. 136, 138, 147; Schwabenspiegel §§ 196, 197; Rechtsbuch nach Distinctionen IV, 9, 4; V, 4, 1—7; V, 30, 1—3. Eisenachisches Rechtsbuch III, 73, 74, 94, 106; Das kleine Kaiserrecht § 206; lex salica Art. 27, 19, 33, 1; cap. IV Art. 81; lex ribuaria Art. 42, 76; lex bajuwariorum cap. XIX, Art. 9; X, 22, 23; lex alamanorum Art. 3. Geffken Ztschr. d. Savignystiftg. f. RG., german. Abtlg. Bd. 21, S. 203 ff.; Baron a. a. O. S. 281 ff., vor allem aber die vortrefflichen Ausführungen von Peterka: Wasserrecht d. Weistümer, S. 11 ff.

[5]) Peterka S. 14 Anm. 32, 33.

[6]) a. a. O. S. 11.

[7]) In d. Ztschr. d. Savignystiftg. f. RG. Bd. 21, S. 203 ff. vertritt Geffken nämlich die Auffassung, daß nach Sachsenspiegel II, 28 § 1 nur stehende Gewässer zu diesen wilden Wasserläufen gehörten. Dagegen wendet sich mit Recht: Peterka a. a. O. Anm. 27, er weist darauf hin, daß diese Vorschrift nur eine Fischereibestimmung enthält.

[8]) Peterka S. 47 ff.

[9]) Peterka S. 28 ff., 30, 43, 44.

der Obrigkeit. Diese hat den Gemeingebrauch der Gemeindeangehörigen, Baden, Waschen, Kahnfahren usw., zu überwachen[10]).

In der Gestaltung der diese Wasserläufe betreffenden Rechtssätze machen sich Lehnrecht und Regalienlehre geltend. Im Grunde hat die Obrigkeit nur die Pflicht mit ihrem Banne den Wasserlauf zu schützen, und seine Benützung zu überwachen. Für diese ihre Pflicht nehmen die Träger der obrigkeitlichen Gewalt aber auch die wichtigeren Nutzungen für sich in Anspruch. Die Fischerei-, Zoll- und Mühlenregale des Kaisers entstehen[11]) und gehen nachher mit der Staatsgewalt durch Einzelverträge auf die späteren Landesherren über[12]).

Bemerkenswert ist an der Entwicklung jener Zeit nur, daß von einem privatrechtlichen Eigentum des Kaisers an des Reiches Strömen nirgends die Rede war. Vielmehr wurden alle seine Befugnisse als kaiserliche Hoheitsrechte aufgefaßt, nirgends sprach man davon, der Kaiser habe diese Ströme in seiner Gewere[13]).

c) Der Kaiser war allerdings nicht Stromherr aller öffentlichen Wasserläufe; nur die der Schiffahrt dienenden Ströme des Reiches standen unter kaiserlichem Banne, alle übrigen Gewässer, nämlich die früheren Allmendgewässer[13a]), diejenigen also, die hauptsächlich nur dem Betriebe von Mühlen und anderen Kraftwerken dienten[14]), hatte der Grundherr zu überwachen. Auch seine Befugnisse und Pflichten, die denen des Kaisers entsprachen, wurden als Ausfluß seiner öffentlichen Gewalt aufgefaßt[15]). In dieser Gestaltung kommt noch ein zweiter Grundgedanke der deutschen Rechtsauffassung zur Anerkennung. Nicht nur die der Schiffahrt dienenden größeren Ströme des Reiches, auch die energiereichen kleineren Flüsse sind öffentliche, einem hoheitlichen Einfluß der Träger öffentlicher Gewalt unterstehende Gewässer. Leider ist dieser Rechtsgedanke fast allen deutschen Wasserrechten[16]) bei der Aufnahme des römischen Rechts oder später wieder verlorengegangen.

3. Mit der Aufnahme des römischen Rechts kam nun zur deutschrechtlichen Einteilung die des römischen Rechts hinzu. Die deutschrechtliche Dreiteilung verschmolz mit der römischen Zweiteilung[17]). Aus beiden ergab sich eine neue Einteilung in flumina publica und

[10]) Peterka S. 21 ff.
[11]) In der constutitio de regalibus Friedrichs I. von Hohenstaufen finden sie ihre Anerkennung. (Vgl. libri feudorum II cap. 56.)
[12]) Schröder-Künsberg, Deutsche Rechtsgesch. S. 580 f., 645.
[13]) Heußler, Institutionen I, S. 367.
[13a]) Huber, Max, Wasserrechte, S. 141; Morsbach, a. a. O. S. 11 ff.; Heußler, a. a. O. S. 365 ff.
[14]) Sie wurden häufig als „gemeine Gewässer" bezeichnet, manchmal allerdings bezeichnete man auch alle öffentlichen Gewässer als gemeine Gewässer.
[15]) Peterka, S. 3, 4, insbes. Anm. 1—4.
[16]) Heute nur noch in Württemberg, Baden und in der Schweiz erhalten.
[17]) Wappäus, a. a. O, S. 19 ff.

flumina privata. Während in Deutschland bisher die schiffarmen Flüsse, die sog. rivi, die öffentlichen Flüsse der Grundherren, dem Privateigentum entzogen waren, wird nun Privateigentum auch an ihnen anerkannt. Sie gehören nicht mehr zu den öffentlichen Gewässern. Damit setzt sich die in der jüngsten Zeit von Otto Mayer vertretene Auffassung zum ersten Male durch, die nur die der Schiffahrt dienenden Gewässer als öffentliche Flüsse ansieht.[18]).

Die Rechtsentwicklung hatte nach der Aufnahme des römischen Rechts im wesentlichen zu einer Vereinfachung der Rechtsgestaltung und zu einer Vereinheitlichung des Rechtes geführt. Der notwendige Einfluß des Staates auf die Wasserwirtschaft war nur für die Verkehrsadern ausreichend gesichert, nur an ihnen erkannte man ein Hoheitsrecht staatlicher Organe an. Die mit dem Erstarken der Fürsten, mit der Entwicklung der Landeshoheit erfolgten landesrechtlichen Kodifikationen schlossen sich meist diesem durch den usus modernus pandectarum entstandenen Rechtszustand an. Dieser blieb aber nicht einheitlich. Man stritt sich über den Inhalt der Pandekten; die einen behaupteten, die öffentlichen Flüsse seien in Rom eigentumsunfähig gewesen, die anderen nahmen das Gegenteil an. So konnte es nicht ausbleiben, daß in einigen Territorien die Annahme eines Eigentums des Staates, in anderen aber die Ablehnung dieser Auffassung sich als herrschende Ansicht durchsetzte. Daher wurde in einigen Territorien behauptet, der Landesherr sei Eigentümer der öffentlichen Gewässer, in anderen aber wurde die Ansicht vertreten, die Wasserläufe seien eigentumsunfähige res nullius. Dementsprechend suchten die Landrechte teils durch Anerkennen eines staatlichen Eigentums[19]), teils aber durch Anerkennung der alten Hoheitsrechte unter ausdrücklicher Ablehnung der Annahme eines Eigentumsrechtes[20]) ihrer Rechtsentwicklung entsprechend den wirtschaftlich notwendigen Einfluß des Staates zu sichern. Die vorher noch von einem Teil der Wissenschaft hoheitlich aufgefaßten Rechte des Landesherrn werden von den Gesetzen allmählich im Einklang mit der Mehrheit der Wissenschaft in ein privatrechtliches Eigentum umgeformt.

Diese Entwicklung wurde noch weitgehend durch die Wandlung der Grundlagen der Staatsauffassung gefördert. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts hatte nämlich zufolge der allgemeinen Entwicklung der Rechtswissenschaft die alte Regalienlehre im Gebäude der Rechtswissenschaft ihre Stellung verloren. Die einzelnen Hoheitsrechte verschmolzen zur einheitlichen Staatsgewalt, in der die regalrechtliche Einzelherrschaft über die Wasserläufe keinen Platz finden konnte. Die rivi, auch „gemeine Gewässer" genannt, waren

---

[18]) Otto Mayer: Verw. R. Bd. II, S. 51.
[19]) Pr. ALR. §§ 21, 24 II. 14: „gemeines Eigentum".
[20]) Bayerisches Landrecht (codex Maximilianeus bavaricus civilis von 1756) § 5 Teil II cap. I.

schon lange in das Privateigentum der Grundherren übergegangen, die großen Ströme folgen ihnen nach, sie werden Privateigentum der Landesherren.

Diese durch die Aufspaltung der Staatsgewalt in Hoheit und Fiskus überhaupt erst ermöglichte Annahme eines privatrechtlichen Eigentums an diesen hoheitlich verwalteten Wasserläufen hatte das Ergebnis, daß nunmehr an allen Wasserläufen, privaten wie öffentlichen, Eigentumsrechte des Staates gesetzlich anerkannt wurden. Trotz der Anerkennung privatrechtlichen Eigentums blieb aber die Unterscheidung von öffentlichen und privaten Wasserläufen inhaltlich bestehen. Der nur an den öffentlichen Flüssen anerkannte weitgehende Einfluß der verwaltenden Körperschaften wird als hoheitliche Funktion vom Eigentum getrennt und in den Befugnissen der Wasserpolizei zusammengefaßt, die sich begrifflich aber nicht als Sicherheitspolizei auffassen läßt.

Bemerkenswert ist an der Entwicklung, daß der Einfluß der Obrigkeit erhalten bleibt. Er wird nur in eine andere, durch die Fiskuslehre gewiesene Rechtsform gepreßt. Sachlich blieb die Unterscheidung von öffentlichen und privaten Gewässern bestehen.

Teilweise allerdings wie im preußischen Recht wird auch ein neuartiges sog. „gemeines Eigentum" des Staates mit hoheitlicher Struktur für die öffentlichen Gewässer geschaffen, das auch von der preußischen Rechtslehre bis zum Inkrafttreten des preußischen Wassergesetzes von 1913 als eigenartiges, öffentlich - rechtliches Rechtsgebilde behandelt wurde[21]).

4. a) Die Abgrenzung von öffentlichen und privaten Gewässern erfolgt nun in den neueren Wassergesetzen nach verschiedenen Gesichtspunkten. Der Mangel einer einheitlichen Rechtsentwicklung macht sich gerade hierin geltend. Teilweise werden nur diejenigen Flüsse zu den öffentlichen Gewässern gerechnet, die der Schiffahrt tatsächlich dienen. So bestimmt das österreichische Reichswassergesetz vom 30. 5. 1869 im § 2:

> „Flüsse und Ströme sind von der Stelle an, wo deren Benutzung zur Fahrt von Schiffen oder gebundenen Flößen beginnt, mit ihren Seitenarmen öffentliches Gut und behalten diese Eigenschaft auch dann, wenn diese Benutzung auch zeitweise unterbrochen wird oder gänzlich aufhört."

Ebenso bestimmt das bayerische Wasserbenutzungsgesetz von 1852 in Art. 2 Abs. I:

> „Als öffentliche Flüsse werden diejenigen betrachtet, welche und insoweit sie zur Schiffahrt oder Floßfahrt mit gebundenen Hölzern dienen."

---

[21]) Vgl. E. KG. 35, 246; 42, 175; RG. Z. 3, 232; 4, 258; 28, 209; 32, 238; 35, 237; 71, 65; in JW. 1903, 858; in Gruchot 52, 1216; Güthe GBO. II, S. 1782.

Im wesentlichen dieselbe Fassung hat auch noch Art. 1 des geltenden bayerischen Wassergesetzes vom 23. März 1907. Er bestimmt:

„Oeffentliche Gewässer sind die Flüsse und Flußteile, welche zur Schiff- oder Floßfahrt dienen .... (öffentliche Flüsse) ...."

Teilweise haben die Landesgesetze aber auch die bloße Schiffbarkeit genügen lassen[22]). Diese Regelung, wie sie auch das ALR. im § 21, 24. II. 14 getroffen hatte, führt zu überflüssiger Arbeit der entscheidenden Gerichte, die in jedem Rechtsstreit erst durch kostspielige Messungen die Schiffbarkeit feststellen müssen.

Die neueren Gesetze haben daher die sog. öffentlichen Flüsse aufgezählt. So hat das sächsische Wassergesetz vom 12. 3. 1909 im § 5 Abs. III bestimmt:

„Die Betten der Elbe, der Freiberger, der Zwickauer und der vereinigten Mulde sowie der weißen Elster stehen im Eigentum des Staates, soweit sie nicht von anderen erworben worden sind."

Auch das preußische Wassergesetz vom 7. 4. 1913 hat dieses Aufzählungsverfahren übernommen[23]).

So finden wir, daß der Schiffahrts- und Flößereiverkehr im mittelalterlichen und im geltenden Recht ein Einteilungsprinzip[24]) gewesen ist. Die für den Verkehr bedeutenden Wasserläufe sind der Herrschaft des Staates[25]) durch Anerkennen staatlichen Eigentums unterworfen.

Gegenüber dem in dieser Zeit aufkommenden Grundsatz, das Verhältnis des Trägers der öffentlichen Gewalt zu den ihm gehörenden öffentlichen Sachen als privatrechtliches Eigentum zu erfassen, hat das württembergische Wassergesetz vom 26. 6. 1899 ausdrücklich die bis zum 18. Jahrhundert herrschende Auffassung Gesetz werden lassen. Art. 7 Abs. I bestimmt nämlich:

„Das Bett der öffentlichen Gewässer ist als eine dem öffentlichen Gebrauch dienende Sache dem Privateigentum entzogen."

Auch im schweizerischen Zivilgesetzbuch sind die gleichen germanischen Gedanken heute noch anerkannt. Nach Art. 664, II sind die

---

[22]) Badisches Wassergesetz vom 26. 6. 1899 § 1.

[23]) Zwar sind in das Verzeichnis der Anlage zum Wassergesetze auch Flüsse ohne Schiffahrt und Flößerei aufgenommen worden. Die Aufnahme dieser Flüsse der Massurischen Seenplatte z. B. hat aber keine größere Bedeutung, da im wesentlichen die Aufnahme wegen ihrer Bedeutung für künstliche Wasserläufe erster Ordnung erfolgt ist. Dies geht z. B. aus der Tatsache der Aufnahme der Klodnitz hervor (Holtz-Kreutz a. a. O. Anm. 1 zu § 9 S. 65). Im übrigen sind aber die Wasserläufe erster Ordnung im allgemeinen mit den öffentlichen Gewässern, i. S. Mayers identisch (Holtz-Kreutz S. 64).

[24]) Otto Mayer: V. R. 2. Aufl. Bd. II, S. 102.

[25]) So erkennen das preuß. W. G. § 7, das badische W. G. § 1, das sächs. W.G. § 5, III u. das bay. W.G. § 2 ein Eigent. d. Staates a. d. Wasserläufen an.

öffentlichen Gewässer heute noch eigentumsunfähige Sachen, sie sind der Hoheit des Kantons unterworfen, in dessen Gebiet sie fließen. Die an ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse sind öffentlich-rechtlicher Natur[26]).

Der Gedanke, daß die dem Verkehr dienenden Wasserstraßen im Eigentum öffentlich-rechtlicher Körperschaften stehen müssen, hat auch im Art. 97, I der R. V. v. 1919 Ausdruck gefunden. Danach sollen die dem allgemeinen Verkehr dienenden Wasserstraßen in das Eigentum des Reiches überführt werden. Ihre Übernahme ist durch Staatsvertrag vom 29. 7. 1921 (RGBl. S. 961) erfolgt. Durch diesen Vertrag sind nur die dem Durchgangsverkehr dienenden Wasserstraßen in das Eigentum des Reiches überführt worden. Ein Teil der Wasserläufe erster Ordnung ist im Eigentum der Länder verblieben, und zwar diejenigen Flüsse, die nur der lokalen Schiffahrt und Flößerei dienen.

Welche Bedeutung aber den großen Strömen zukommt, ersieht man am besten daraus, daß die Feindmächte sich einen Einfluß auf die Verwaltung der größten Ströme im Versailler Frieden verschafft haben. Die einstweilen in den Friedensdiktaten erfolgte Internationalisierung wurde am 20. 4. 1921 durch das Statut von Barcelona ergänzt[27]). Rhein, Elbe, Oder und Donau sind danach dem „Gemeingebrauch" der angrenzenden Nationen unterworfen. Die Verwaltung dieser Ströme wird von internationalen Kommissionen geführt, in denen grundsätzlich die Uferstaaten, in Deutschland aber die Länder stimmberechtigt sind.

b) Obwohl der Personen- und Gütertransport noch heute eine große wirtschaftliche Bedeutung hat, muß es doch eigentlich verwundern, daß die neueren Wassergesetze, wie das preußische von 1913, nicht auch an den übrigen Wasserläufen ein Eigentum des Staates anerkannt haben. Der Entwicklung und der Sozialisierung der Elektrizitätswirtschaft wie auch der oben S. 15 erwähnten geschichtlichen Entwicklung hätte es eigentlich entsprochen, wenn sich der Staat auch auf die natürlichen K r a f t q u e l l e n, die Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung, einen weitergehenden Einfluß durch Anerkennen staatlichen Eigentums gesichert hätte.

Nur einige Länder, in denen bedeutende Wasserkräfte vorhanden sind, haben der ursprünglichen Entwicklung des deutschen Rechtes entsprechend ein Eigentum öffentlicher Körperschaften an diesen kleineren Wasserläufen anerkannt. So steht in Baden den Gemeinden das Eigentum an den natürlichen nicht öffentlichen Gewässern zu[28]). Ebenso hat auch das württembergische Wassergesetz wie

---

[26]) Nach dem Sprachgebrauch der Schweizer Rechtswissenschaft sind sie nämlich kein fiskalisches Gut. (Max Huber: Wasserrechte, S. 139.)

[27]) Peters in Gruchot, Bd. 68, S. 383 ff.

[28]) § 2 des bad. W. G.

auch das schweizer Zivilgesetzbuch[29]) ein Eigentum öffentlich-rechtlicher Natur an diesen Wasserläufen anerkannt[30]).

Die Anerkennung staatlichen Eigentums ist jedoch nicht die einzige Form, in der diese Wasserläufe zu öffentlichen Sachen werden. Auch durch völliges Aushöhlen des Eigentums der Anlieger kann dasselbe erreicht werden. So hat das preußische Recht die Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung dadurch zu öffentlichen Sachen gemacht, daß es eine Pflicht des Eigentümers festgelegt hat, dem Beliehenen unentgeltlich die Ausübung des verliehenen Rechts zu gestatten. Diese werden für die Energieerzeugung genau ebenso verwaltet wie die übrigen öffentlichen Flüsse für die Schiffahrt. Auch sie erfüllen durch ihre Existenz einen öffentlichen Zweck, sie sind öffentliche Sachen kraft öffentlicher Dienstbarkeit (vgl. unten S. 86 f.).

Zweiter Abschnitt.

Die rechtliche Struktur des Eigentums öffentlicher Körperschaften an den öffentlichen Flüssen.

1. Wie oben dargelegt worden ist, steht das Eigentum an den für den Verkehr wichtigen Strömen grundsätzlich Körperschaften des öffentlichen Rechts zu. Beiläufig wurde erwähnt, daß dieses Eigentumsrecht der Länder eine Fortsetzung des mittelalterlichen kaiserlichen Regals ist. Die Regalrechte wurden im Mittelalter als Hoheitsrechte aufgefaßt. Sie waren daher wie die gesamte Staatsgewalt öffentlich-rechtlicher Natur[31]). Erst die Fiskustheorie brachte die Auffassung, daß ein Eigentum an jenen Regalflüssen anerkannt werden könne. Noch das ALR. stellt dem neuen Privateigentum an den öffentlichen Flüssen, das in anderen Territorien anerkannt wurde, für seinen Geltungsbereich das sog. „gemeine" Eigentum gegenüber. Die preußische Praxis hat dieses Eigentum als öffentlich-rechtliches Eigentum behandelt, Reichsgericht[32]) und Kammergericht[33]) haben sich ihr bis zur jüngsten Zeit angeschlossen.

Wenn nun heute sich die Gesetzgeber der Länder bemühen, an den öffentlichen Gewässern „im Interesse einer klaren, sich an die Begriffe des Bürgerlichen Gesetzbuches anschließenden Konstruktion grundsätzlich ein Privateigentum anzuerkennen"[34]), so ist es nur allzu begreiflich, daß diese Veränderung der rechtlichen Ge-

---

[29]) Max Huber a. a. O., S. 141 f.
[30]) Vgl. unten S. 80 f., Art. 1 des württemb. W. G.
[31]) Peterka, Wasserrecht, S. 3 ff., 15 ff.
[32]) RG.Z. 3, 232; 4, 258; 28, 209; 32, 238; 35, 237; 71, 65. J. W. 1903, 858; Gruchot 52, 1216; Güthe, G. B. O. II, S. 1782.
[33]) KG. E. 35, 246 ff.; 42, 175 ff.
[34]) Holtz-Kreutz, a. a. O., S. 45, 46.

sichtspunkte von einem Teile der Wissenschaft als nicht vorhanden behandelt wird, zumal sich diese Veränderung auf einen Teil der Länder beschränkt. Der Inhalt der Vorschriften hat nämlich trotz des Anschlusses an die privatrechtliche Konstruktion im Grunde kein privatrechtliches Aussehen erhalten:

a) Das Privateigentum, das das preußische Wassergesetz wohl auch an den Wasserläufen erster Ordnung anerkennen sollte, hat im ganzen genommen einen wirtschaftlich anderen Charakter als das Eigentum des bürgerlichen Rechts. Das bürgerliche Eigentum gibt dem Eigentümer die Befugnis, die Sache nach Belieben zu benutzen, es gibt ihm grundsätzlich nur Rechte, nur ausnahmsweise verpflichtet es ihn, es rücksichtsvoll gegenüber seinem Nachbarn zu benutzen.

Das Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen, insbesondere auch an den Wasserläufen ist dagegen nur auf Pflichten gegründet[35]). Während z.B. der Privateigentümer für rechtsgeschäftliches Gestatten der Nutzung auch ein übermäßiges Entgelt fordern kann, darf der Staat Preußen einen beliehenen Unternehmer kein Entgelt für das verliehene Nutzungsrecht auferlegen (§ 54 W. G.), die Verwaltung darf das Eigentum also nicht benutzen, wie es ihr beliebt.

b) Das Eigentum des Staates an den Wasserläufen zeigt also einen sozialen Grundzug[36]), während das bürgerlich-rechtliche Eigentum einen individualistischen Charakter hat. Das Eigentum an den Wasserläufen steht dem Staate nicht um seiner selbst willen zu, vielmehr soll er es zum Nutzen der Bürger verwalten. Daraus ergibt sich auch der allgemeine Ausschluß privatrechtlicher Willkür[37]). Sie ist ersetzt durch die Pflicht der Behörden, den Wasserlauf nach Ermessen zu verwalten[38]).

2. Da nun das Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern ein so minimales Nutzungsrecht enthält, es auch anderen Grundsätzen unterliegt, haben sich eine größere Anzahl Schriftsteller im Anschluß an das römische Recht und die französische Verwal-

---

[35]) Schelcher, H., in Fischers Zeitschrift (F. Z.) 48, 388.

[36]) Max Huber, a. a. O., S. 134; Aström, a. a. O., S. 247 ff.

[37]) Wie sich Amtsführung nach Ermessen und Amtsführung nach Willkür unterscheiden, wird am ersten an dem von Schelcher besprochenen Falle klar. Ein Gutsvorsteher wollte verhindern, daß sich ein ihm nicht angenehmer Arbeiter in der Nähe seines Gutes ansiedelte. Öffentlich-rechtlich konnte er dies nicht hindern. Als Wegeeigentümer duldete er aber nicht, daß der Arbeiter seine Besitzung an das allgemeine Wasserleitungsnetz anschloß. Erkennt man das Bestehen von privatem Eigentum an, so kann er auf seinem Weg schalten, wie er will, er könnte also die Ausführung des Bauplanes beliebig verhindern. § 226 BGB. würde ihn nicht daran hindern, da ja sein Weg beim Legen der Röhren beschädigt wird.

[38]) H. Schelcher, F. Z. 48, 390 u. Anm. 1, sächs. OVG. 15, 176 ff., im bes. S. 207 f., Layer, a. a. O., S. 648.

tungsrechtswissenschaft[39]), ohne aber auf die ältere Rechtsentwicklung der deutschen Weistümer und der Rechtsbücher zurückzugreifen, die Ansicht vertreten, daß die öffentlichen Flüsse als öffentliche Sachen dem bürgerlichen Eigentum entzogen seien und den besonderen Grundsätzen eines verwaltungsrechtlichen Eigentumsrechtes unterstünden. Mit hervorragender Begründung hat Otto Mayer diese Ansicht weiter ausgebaut und bewiesen, daß das Recht des Staates an diesen Sachen als öffentlich-rechtlich zu denkendes Eigentum aufgefaßt, die bestehenden Rechtsverhältnisse am zwanglosesten erklärt[40]).

Diese von Mayer begründete Auffassungsweise behauptet, das Bestehen eines öffentlichen Sachenrechts und nimmt an, daß das öffentlich-rechtliche Eigentum ein dingliches, öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis sei. Im folgenden wird diese Auffassung als öffentlich-rechtliche Auffassung bezeichnet werden.

Demgegenüber erkennt auch die sog. privatrechtliche Auffassung an, daß das bürgerliche Recht zur Erklärung der bestehenden Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen nicht ausreicht. Sie nimmt an, daß das bürgerliche Eigentum immer die Grundlage der Beurteilung der Herrschaftsverhältnisse an den öffentlichen Sachen sei, daß dieses bürgerliche Eigentum aber durch eine öffentliche Last belastet sei.

Die Vertreter beider Auffassungen sind sich darüber einig, daß der Staat durch die Enteignung des künftigen Wege- oder Kanalgrundstücks ein lastenfreies bürgerliches Eigentum erwirbt[41]). Auch während der Herstellung der künftigen öffentlichen Sache, des Baues der Straße oder des Kanals, bleibt der Staat oder die öffentliche Körperschaft privatrechtlicher Eigentümer.

Erst der danach erfolgenden Widmung wird verschiedene rechtliche Bedeutung beigelegt. Nach Ansicht der Anhänger der öffentlich-rechtlichen Auffassung wird durch die Widmung die Herrschaft der öffentlich-rechtlichen Körperschaft dem Privatrecht entzogen und ausschließlich dem öffentlichen Sachenrecht unterstellt[42]); das Privateigentum verwandelt sich in ein öffentliches Eigentum, das auf Über- und Unterordnung der beteiligten Rechtssubjekte beruht. Die privatrechtliche Ansicht läßt durch die Widmung nur die öffentlich-rechtliche Belastung, die sog. Wegelast, entstehen[43]).

Im Ergebnis weichen beide Auffassungen nicht erheblich voneinander ab. Es ergeben sich zwar ver-

---

[39]) Otto Mayer, Verw. R. II, S. 41 f.

[40]) Sächs. OVG. 15, 176 ff.; Schelcher, F. Z. 48, 348; Friedrichs, Gruchot 62, 466.

[41]) Otto Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 58 (3. Aufl.; a. A.: nur Grünhut, Prinzipien d. Enteignungsrechts, S. 80. Er läßt das enteigente Grundstück res extra commercium werden.

[42]) Otto Mayer, Verwaltungsr., Bd. II, S. 22.

[43]) Statt vieler: Kormann in F. Z. 43, S. 73 ff.

schiedene praktische Folgen, diese aber bilden nicht den Grund und die Grundlage des Streites. Die im Laufe des vorigen Jahrhunderts erfolgte Abkehr von den durch die Fiskuslehre entstandenen Rechtsbildungen ist vielmehr die Begründung der Auffassung Mayers. Nach seiner Ansicht wird nur eine Folgerung aus dem Übergang von der Fiskuslehre zur Lehre von der einheitlichen Rechtsfähigkeit des Staates gezogen, wenn die Notwendigkeit eines öffentlichen Eigentums und damit eines öffentlichen Sachenrechts behauptet wird.

Die Erörterung dieses nur kurz geschilderten Gegensatzes, die Widerlegung der gegen Mayers Auffassung vorgebrachten Gründe und die Klarstellung der für eine Stellungnahme in Betracht kommenden Gesichtspunkte, sowie schließlich die Begründung der öffentlich-rechtlichen Auffassung ist auf dem Gebiete des Wasserrechts allein nicht möglich. Es wird vielmehr die Lehre von den öffentlichen Sachen berücksichtigt werden müssen, da der Streit um das Bestehen eines öffentlichen Eigentums bisher im wesentlichen ein Streit um die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wegen gewesen ist.

A. Privatrechtliche Auffassung.

1. Die von einer großen Zahl namhafter Schriftsteller[44]) vertretene Auffassung geht von dem Falle aus, daß das Eigentum an der öffentlichen Sache einer Privatperson zusteht. In diesem Falle kann kein Zweifel daran bestehen, daß das Recht des Untertanen an der öffentlichen Sache als bürgerlichrechtliches Eigentum zu erfassen ist. Tatsächlich herrscht darüber auch Einigkeit. Dieses bürgerlich-rechtliche Eigentum des Untertanen ist dadurch belastet, daß

---

[44]) Die privatrechtliche Auffassung vertreten: Anschütz im Verw. Arch. 5, S. 88; in J. L. Bl. 19, S. 216, 217; Biermann, Die öff. Sachen, S. 15, Anm. 3, S. 35 ff.; v. Bitter, Handwörterb. d. preuß. Verw. 2, 924; Dorner, Komm. z. bad. Ausführungsges. BGB, S. 130; Fleiner, Institutionen, S. 332; Umbildung zivilr. Institute, S. 16 f; Friedrichs, Gruch. Beitr. 62, 456 ff.; Arch. f. öff. Recht 40, 307 ff.; St. Genzmer in J. W. 1919, 809; Gierke, Deutsches Privatrecht 2, S. 19 ff., 21 Anm. 5; Hatschek, Institutionen, S. 55, 486; Lehrb. d. Verw. R., S. 429 ff.; Verw. Arch. 7, 442 ff.; Havelka, Österr. Friedhofsrecht, S. 45; Rechte am öff. Weg, S. 63 ff.; Helfritz, Der Meeresstrand in Festschr. zum 50 jähr. Bestehen d. preuß. OVG., S. 66 f.; Jellinek, Gg., Allg. Staatslehre II, 386/7, 389; Verw. Arch. 5, 311; System d. subj. Rechte, S. 72; Kaufmann, in Stengel-Fleischm. III, S. 707 § 20; Kohler, Sachenrecht, S. 17; Kormann in F. Z. 43, 11; Lassar, Grundbegr. d. Wegerechts, S. 31 ff.; Loebell, in Gruch. Beitr. 41, S. 11 ff.; Meyer, Gg., Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. I, S. 519; Meyer-Dochow, Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bd. I, S. 438; Moll, in Gruch. Beitr. 54, S. 336, 352; Verw. Arch. 16, S. 291, 298; Osswald, Die Rechtsverhältn. an öff. Sachen, S. 22 ff.; Rausnitz, Gruch. Beitr. 39, S. 533 ff.; Paris, Entschädigungsberechtigung der Adjaz., S. 10, 22; Regelsberger, Pandekten, S. 424; Schelcher, H., in F. Z. 31, S. 1 ff.; dagegen F. Z. 48, S. 345 ff.; Schmidt, F. Z. 47, S. 29, 46, 47; Schultzenstein, Verw. Arch. 27, S. 164 f., 235 u. 434; 28, S. 82; Schwab, Beilage zu Bd. 30 Arch. f. ziv. Pr., S. 32; Seydel, Bayer. Staatsrecht 3, S. 251; Theobald, Die Rechtsverh. d. öff. Sachen, S. 32 ff.; Thoma, Arch. f. öff. R. 38, S. 322; Waldecker, Krit. Viertelj. Schr. 53, S. 155 f.

der Weg oder Wasserlauf von ihm geduldet werden muß. Diese Belastung des Eigentums wird von allen, auch von den Vertretern der öffentlich-rechtlichen Auffassung, als eine öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit oder Last behandelt, deren Rechtsträger der obrigkeitliche Staat ist.

Die Anhänger der privatrechtlichen Auffassung nehmen nun an, daß das Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen ebenfalls ein belastetes Privateigentum sei. Die dem Staat wegen des belasteten Eigentums nicht zustehenden öffentlich-rechtlichen Befugnisse habe er kraft der ihm an seinem Eigentum zustehenden öffentlichen Last (Dienstbarkeit). Die rechtlichen „Beziehungen des Staates zu seiner öffentlichen Sache" werden also in öffentlich-rechtliche und bürgerlichrechtliche Bestandteile zerlegt. Der Untertan, Staat = Fiskus, ist verpflichtet, die Obrigkeit, Staat = Hoheit, ist berechtigt.

2. Damit, daß die privatrechtliche Auffassung annimmt, das Eigentum des Staates sei belastet durch die öffentlich-rechtliche Wege- oder Wasserlast, ist eigentlich alles gesagt. Es folgt daraus, daß der ordentliche Rechtsweg grundsätzlich wegen aller Streitigkeiten aus dem Eigentum des Staates auch vom Staate selbst beschritten werden muß. Auch die Besitzerhaltung hätte grundsätzlich durch eine Klage im ordentlichen Rechtswege zu erfolgen. Zuständigkeit der Polizei und der ordentlichen Gerichte kollidieren also.

Das bürgerliche Eigentum berechtigt die zur Verwaltung berufenen Organe, über die öffentliche Sache ohne besondere gesetzliche Ermächtigung zu verfügen und die Sache nach Belieben zu nutzen (§ 903 BGB.). Grundsätzlich ist hiernach also die rechtsgeschäftliche Veräußerung der öffentlichen Sachen ohne Einziehung oder Entwidmung möglich. Ebenso kann auch eine dingliche Belastung des Grundeigentums durch Bestellung einer Dienstbarkeit eines Nießbrauchs, einer Reallast, einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld erfolgen. Unter der Herrschaft des gemeinen Rechts wäre eine Ersitzung privatrechtlicher Dienstbarkeiten[45]) möglich gewesen. Auch eine Ersitzung des Eigentums an einer öffentlichen Sache wäre rechtlich zulässig gewesen[46]).

Verpflichtungsgeschäfte zu den genannten Geschäften sind erfüllbar und daher verbindlich. Soweit die obligatorischen Verträge den Gemeingebrauch einschränken, sind sie nichtig (§ 306 BGB.), da ihre Erfüllung ohne Zustimmung der Polizei von Anfang an unmöglich

---

[45]) RG. F. Z. 31, S. 218/9; Gruch. Beitr. 37, S. 1012 ff.

[46]) Sehr bedenklich und wirtschaftlich nicht zu rechtfertigen sind die Gründe der E.RG., die Peters im Verwaltungsarchiv 24, S. 167 ff. ablehnt. Originalgesetzesurkunden waren 1806 einer Düsseldorfer Familie zur Aufbewahrung übergeben worden, bis 1906 hatte sie niemand in der Privatbibliothek dieser Familie gesucht und gefunden.

Die grundsätzliche Anerkennung der Ersitzbarkeit des Eigentums an solchen Urkunden ist sehr bedenklich.

ist. Sind sie nur für den Fall geschlossen, daß die Polizei zustimmt, so sind sie gültig (§ 308 BGB.).

Das staatliche Nutzungsrecht ist fast ganz von der Last aufgezehrt. Im Wegerecht z. B. verbleibt dem Staat als Eigentümer nur die Obstbaum- und Grasnutzung[47]). Verkehrsabgaben z. B. kann er nicht erheben. Nutzungen am Wasserlauf verbleiben ihm überhaupt nicht.

Das Privateigentum, dessen Inhalt kurz dargestellt worden ist, ist nun belastet. Die Belastung muß zugunsten irgendeiner Rechtsperson erfolgt sein. Als Berechtigter kommt nur derjenige in Frage, der über die vorhandene Belastung verfügen kann. In Preußen kommt diese Macht, die Wegelast zu begründen, zu verändern und aufzuheben, der Wegepolizeibehörde zu, die als solche Organ des Staates Preußen ist[48]).

3. Die juristische Konstruktion hat sich an dieser Wegeherrschaft schon oft versucht. Ist nämlich der preußische Staat Eigentümer eines öffentlichen Weges (Waldchausseen), und ist er auch verfügungsberechtigter Träger der Wegeherrschaft, so tritt er gleichzeitig als Berechtigter (Regierung Abt. I) und als Verpflichteter (Regierung Abt. III) auf, denn Wegeeigentümer und Wegeherr ist der Staat Preußen.

Um diesen Fall überhaupt rechtlich erfassen zu können, ist man zu dem Ausweg genötigt, entweder den Staat in zwei Persönlichkeiten zu zerlegen oder ein öffentliches Recht an eigener Sache anzuerkennen.

a) Rechte an eigener Sache sind zwar dem geltenden Privatrecht nicht unbekannt[49]). Das Privatrecht verwendet diese Konstruktion aber nur in wenigen Fällen. Es erhält mit ihr dem Eigentümer der belasteten Sache vorübergehend gewisse Vorteile. Deshalb ist das Recht an eigener Sache gewöhnlich nur eine Durchgangsform und nicht auf die Dauer berechnet[50]).

---

[47]) Auch diese Nutzungen werden von Vertretern der öffentlich-rechtlichen Auffassung als Ausfluß des öffentlichen Eigentums angesehen. (Schelcher, F. Z. 48, S. 376 ff.; Guba, Der öff. Weg, S. 36 f.; dagegen unten S. 48).

[48]) Diese Funktion der Polizei hat mit der überwiesenen Sicherheitsfunktion nicht zu tun. Sie überschreitet den Rahmen der Sicherheitspolizei (Otto Mayer, Verw. R. Bd. II, S. 58). Dies bringt Mayer dadurch zum Ausdruck, daß er die Funktion der Wegepolizei aus den Polizeibegriff ausscheidet und „Wegeherrschaft" nennt, den preußischen Staat nennt er entsprechend „Wegeherr". Was also Lassar (Grundbegriffe d. Wegerechts, S. 36 ff.) bekämpft, indem er sagt, das preußische Recht kenne keinen Wegeherrn, ist lediglich der Name und die folgerichtige Durchführung des Sicherheitspolizeibegriffs. Dem Wort nach ist „Wegeherr" dem preußischen Recht unbekannt, sachlich aber nicht (vgl. unten S. 65 ff.).

[49]) §§ 889, 1063, 1256, 1178, 1009, 1196 u. vor allem 1163 BGB.

[50]) Die Eigentümergrundschuld (§ 1196 BGB.) ist nur scheinbar ein dauerndes Recht an eigener Sache. Volle Wirkung entfaltet sie nur, wenn sie vom Eigentümer verwertet wird.

So ist die Eigentümerhypothek des § 1163 BGB. nur das Durchgangsstadium für die Entstehung jeder hypothekarischen Belastung. Sie erhält dem Eigentümer, der die Hypothek schon vor der Darlehnshingabe bestellt haben muß, das Recht auf Befriedigung, solange ein Darlehn noch nicht gegeben ist. Sie bewirkt Gültigkeit der vorher erfolgten Hypothekenbestellung und sichert dieser den buchmäßigen Rang gegenüber den später eingetragenen Belastungen. Sie verhindert das wirtschaftlich nicht gerechtfertigte Aufrücken der Hypothekengläubiger und gestattet dem Eigentümer, den wertvollen alten Rang wieder zu verwerten.

Auch sonst soll durch Anerkennen des Rechtes an eigener Sache das Erlöschen von Rechten nur dann verhindert werden, wenn dem Eigentümer daraus ein Nachteil entstehen würde. Nach ausdrücklicher Vorschrift wird das Erlöschen eines Rechtes vom Gesetz oft nur dann verhindert[51]), wenn der Eigentümer ein wirtschaftliches Interesse an dem Weiterbestehen des Rechtes hat.

Dieser Grundsatz ist zwar nur im Privatrecht ausgesprochen; er gilt aber im öffentlichen Recht ebenso, weil jede Rechtskonstruktion einen praktischen Sinn und Zweck haben muß. Daß nun die Konstruktion der öffentlich-rechtlichen Wegelast als öffentliches Recht an eigenem Privateigentum dem Staat irgendeinen Vorteil bringt oder erhält, kann man wohl nicht behaupten, sie ist nur Konstruktion. Es erscheint mir daher zweifelhaft, ob es richtig ist, mit Kormann[52]) die Wegeherrschaft des Staates als Recht an eigener Sache anzusehen. Diese Auffassung mag vielleicht möglich sein. Sie hat sogar gegenüber der später zu besprechenden Fiskustheorie den Vorteil, daß die Annahme einer doppelten Staatspersönlichkeit nicht erforderlich ist, sie ist aber deshalb unzutreffend, weil sie eine unzulässige Vermischung von öffentlichem und privatem Recht enthält. Nur öffentliche Rechte an öffentlichem Eigentum und private Rechte an privatem Eigentum sind meiner Ansicht nach möglich.

b) Behält man die Auffassung bei, daß der Staat ein einheitliches Rechtssubjekt mit privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Rechtsfähigkeit ist, so verbleibt bei Ablehnung der erwähnten Annahme eines Rechtes an eigener Sache nur noch die Möglichkeit, die Wegelast als subjektlos zu behandeln. Diese eigenartige Auffassung ist tatsächlich vertreten worden[53]). Sie ist aber deswegen unmöglich, weil sie zu dem Ergebnis kommen müßte, daß niemand über die Wegelast verfügen könnte. Tatsächlich aber können die öffentlichen Wege eingezogen werden.

---

[51]) §§ 1063, II, 1009 BGB.

[52]) Kormann, F. Z. 43, S. 47 oben.

[53]) Bekker Pandekten, S. 337; E.RG. Preuß. Verw. Bl. 21, S. 167; Otto Mayer, Bd. II, S. 46.

c) Es besteht neben diesen beiden Auffassungen noch eine dritte, die heute wohl als herrschende Lehre[54]) anzusehen ist. Diese erklärt die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen dadurch, daß sie die Rechtsfähigkeit des Staates teilt und annimmt, daß der Staat als Hoheitsperson Wegeherr, und daß er als Fiskus und Untertan Wegeeigentümer sei[55]). Auch diese Lösung ist an sich möglich, sie führt auch die Scheidung von öffentlichem und bürgerlichem Recht durch, sie ist aber deshalb abzulehnen, weil die doppelte Rechtspersönlichkeit des Staates nicht mehr als Grundlage eines Verwaltungsrechtssystems anerkannt ist[56]).

4. Fassen wir das bisher Gesagte noch einmal zusammen, so müssen wir zugeben, daß die privatrechtliche Auffassung dem Staat etwas gibt, was er nicht haben sollte. Zweck der Enteignung von Grundstücken zur Anlage eines öffentlichen Weges ist nicht, daß diese später als Sicherheit für Staatsanleihen dienen oder durch Veräußerung Einnahmen für die Staatskasse liefern[57]). Es ist wohl zu fordern, daß das Wegeigentum gerade in die Hand des Wegeherrn oder anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften kommen und dort bleiben soll.

Weiter gibt diese Auffassung den Staatsorganen Befugnisse, die mit ihren Aufgaben nicht in Einklang stehen. Die Verwaltung staatlichen Eigentums soll nach Ermessen und nicht nach Willkür geführt werden.

B. Die öffentlich-rechtliche Auffassung.

(Die Lehre vom öffentlichen Eigentum.)[58])

Die Gründe, die für die öffentlich-rechtliche Auffassung sprechen, sowie auch die zu ihrer Widerlegung angeführten Gründe sind großenteils rein dogmatischer Natur. Gerade deshalb kann der Gegensatz der beiden Theorien nur verstanden werden, wenn zuerst ge-

---

[54]) E. RG. 1, S. 366: Das Meeresufer ist Eigentum des Fiskus, aber beschränkt durch den Gemeingebrauch. Wenn der Fiskus ihn hindert, hat man sich an den Staat um Abhilfe zu wenden.

[55]) Statt vieler: Hatschek, Verw. Arch. 7, S. 444 f.

[56]) Das Nähere wird zur Begründung der öffentlich-rechtlichen Auffassung ausgeführt werden.

[57]) Die Belastung der öffentlichen Sachen ist teilweise durch besondere Gesetze geregelt, so die Belastungen der Bahneinheiten (vgl. Pr. Gesetz v. 8. 7. 1902. Württemberg. Ges. v. 23. 3. 06).

[58]) Otto Mayer, Deutsches Verw. R., Bd. II, §§ 35, 36; Otto Mayer, Der gegenwärtige Stand der Frage vom öff. Eigentum in Arch. f. öff. R., Bd. 21, S. 499—522; Otto Mayer, Eisenbahn u. Wegerecht, Arch. f. öff. R. 16, S. 38 ff.; Otto Mayer, Neues über d. öff. Eigentum, Arch. f. öff. R. 39, S. 77 bis 95; Apelt, in F. Z. 30, S. 98; 46 S. 331 ff.; Behr, Arch. f. öff. R. 21, S. 347 ff.; 38 S. 297; Bornhak, Verw. Arch. 8, S. 69 f.; Bühler, Verw. Arch. 27, S. 296 ff.; Challandes, Arch. f. öff. R. 16, S. 583 ff.; Fleischmann, Tarifabreden, Verw. Arch. 32, S. 317; Guba, Die öffentl.-rechtl. Grundlagen d. Wegerechts; Hartmann, Preuß. Verw. Bl. 37, S. 565; Egers Ztschr. 35, S. 317; Hölder, Arch. f. öff. R. 21, S. 323; Huber, Max, Wasserrechte, S. 140; Kisch,

zeigt wird, daß das Aufkommen der öffentlich-rechtlichen Auffassung, richtiger sogar ihr Wiedererstehen, vorbereitet war. Die Darlegung wird ergeben, daß die öffentlich-rechtliche Auffassung einerseits ihre innere Berechtigung aus dem Übergang von der Fiskuslehre zur Lehre von der einheitlichen Rechtspersönlichkeit des Staates und andererseits aus der Schaffung eines einheitlichen Sicherheitspolizeibegriffs herzuleiten hat.

a) Geschichtliche Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Rechtsinstitute im Zusammenhang mit der Fiskuslehre.

1. In der Zeit vor dem Absolutismus[59]) war noch immer die Gewalt der größeren und kleineren Territorien durch die Gerichte des Reiches überwacht worden. Durch eine Klage konnte der Untertan dort auch gegenüber dem Landesherrn sein Recht suchen. Zuerst in den größeren Territorien suchten die Landesherren sich von dieser Kontrolle auch rechtlich zu befreien; dieses Bestreben der Landesherren schaffte sich rechtliche Ausgestaltung in dem privilegium de non appellando et de non evocando. Die Erteilung dieses Privilegs hatte die Folge, daß die Reichsgerichte den Untertanen keinen Rechtsschutz mehr geben konnten.

Als sich nun in den Territorien der Grundsatz der Trennung der Gewalten und die Idee eines von der Verwaltung unabhängigen Richtertums durchsetzte, suchten die Gerichte der Territorien den Untertanen den verlorenen Rechtsschutz zu gewähren. Die Kontrolle der Reichsgerichte wurde mit Hilfe der Fiskustheorie durch eine Kontrolle der Territorialgerichte ersetzt. Gegen Anordnungen der Obrigkeit konnte der Untertan zwar nicht vorgehen, vor einem Vermögensschaden blieb er jedoch bewahrt, da die Gerichte ihm einen Anspruch auf Entschädigung wegen unrichtiger Anordnungen oder wegen richtiger Anordnungen, die in seine Privatrechte eingriffen, zuerkannten.

Els.-Lothr. Landesprivatr. § 67; Kittel, Ztsch. f. Eisenbahnr. 23, S. 193; Koettgen, Grundprobl. d. Wasserr. 1925; Köhne, Verw.Ar. 8, S. 124; Layer, Prinz. d. Enteignungsrechts S. 613-658; Lewy, Öffentl. Sachen im Gemeingebrauch, S. 87; Naviasky, Österr. allg. G. Z. 1905, S. 26; Perlmann, Österr. Verw. Arch. 3, S. 144 ff.; Peters, Verw. Arch. 24, S. 170; Schelcher, H., F. Z. 48, S. 345; dagegen: F. Z. 31, S. 1—98; Schelcher, W., F. Z. 46, S. 392 f.; 35, S. 17; Theissig, in F. Z. 37, S. 1 ff., S. 28 ff.; Sächs. OVG. 2, S. 99; 6, S. 68; RG. Rhein. Arch. 106, S. 232.

[59]) Das römische und ältere deutsche Recht vor und nach der Rezeption haben den Fiskusbegriff im heutigen Sinne nicht gekannt. Sachlich haben sie auch nicht die Scheidung in obrigkeitlichen und vermögensrechtlichen Staat durchgeführt (vgl. Hatschek, Verw. Arch. 7, S. 447 ff.). Die Rechtsentwicklung jener Zeit kann daher auch in der geschichtlichen Betrachtung ausscheiden.

Die Fiskustheorie[60]) nahm an, daß der Landesherr selbst nur noch Rechtssubjekt seines Hausvermögens sei[61]). Die landesherrlichen Hoheitsrechte hatte man zur einheitlichen Staatsgewalt zusammengefaßt, diese war begrifflich unfähig, Träger von Vermögensrechten zu sein. Die Vermögensrechte des Staates schob man daher dem Fiskus zu. Dadurch, daß man diesem privatrechtliche Rechtsfähigkeit gab, erreichte man, daß der ordentliche Rechtsweg in an sich obrigkeitlichen Rechtsverhältnissen zulässig wurde. Alle Entschädigungsansprüche konnten vor dem Zivilrichter eingeklagt werden. Der rechtspolitische Zweck war also der Urheber der Fiskustheorie, man wollte den als unbillig empfundenen Rechtszustand mit dem Billigkeitsempfinden in Einklang bringen[62]).

Diese Anschauung von der doppelten Rechtspersönlichkeit des Staates bot die Grundlage für die Erfassung aller öffentlich-rechtlichen Institute. So hat man z. B. das Beamtendienstverhältnis als ein doppeltes Rechtsverhältnis konstruiert. Man nahm das Bestehen einer öffentlich-rechtlichen Anstellung an, mit der zwangsläufig ein privatrechtlicher Dienstvertrag zwischen dem Beamten und dem Fiskus verbunden war. Ebenso hat man die Enteignung als obrigkeitlichen Staatsakt aufgefaßt, der ohne weiteres einen privatrechtlichen Kaufvertrag zwischen dem Fiskus und dem Enteigneten herbeiführte.

2. Zu Beginn des vorigen Jahrhunderts traten Autoren[63]) mit der Ansicht auf, daß das Beamtendienstverhältnis rein öffentlich-rechtlichen Charakter trage. Ihre Begründung fand keine Widerlegung; ihr Ergebnis aber war unerwünscht, und deshalb fand ihre Ansicht auch keinen Anklang.

Man fand bald einen Ausweg. Die ursprünglich zweifache Rechtspersönlichkeit des Staates wurde nicht mehr als Grundlage der öffentlich-rechtlichen Beziehung des Staates zu seinen Untertanen anerkannt. Statt dessen nahm man nur zwei verschiedene Seiten einer einheitlichen Rechtspersönlichkeit des Staates an, und zwar eine öffentlich-rechtliche und eine privatrechtliche[64]).

Dieser Verschmelzung entsprach es, daß auch die einzelnen Rechtsinstitute aus öffentlichem und bürgerlichem Recht zusammengesetzt wurden[65]). So besteht nach dieser Ansicht das Beamten-

---

[60]) Heute noch vertreten von Hatschek, Verw. Arch. 7, S. 424 ff.; Lehrb. S. 40 ff.

[61]) Maurenbrecher, Die deutschen regierenden Fürsten und die Souveränität, 1839, S. 4—8; Zachariae, Deutsches Staats- u. Bundesrecht II, S. 424 f.

[62]) Otto Mayer, Verw. Recht, 2. Aufl., Bd. I, S. 50.

[63]) Goenner, Der Staatsdienst, S. 56 ff., S. 91 ff.; Perthes, Der Staatsdienst in Preußen, S. 55; v. Gerber, Über öff. Rechte, S. 58, 59, 62.

[64]) Fleiner, Institutionen, S. 40 f., Umbildung privatrechtl. Institute, S. 12.

[65]) Diese Auffassung hat der Rechtswissenschaft oft als Konstruktionsvorbild gedient. Ich erinnere nur an den Zuschlagsbeschluß im Zwangsver-

dienstverhältnis aus öffentlich-rechtlicher Dienstpflicht und privatrechtlicher Gegenleistung; ähnlich die Enteignung. Man nahm also gar keinen Anstoß daran, die überkommene Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Instituten unbeachtet zu lassen, nur um den Rechtsweg offen zu halten. Daß natürlich die Konstruktion der sog. gemischten Rechtsverhältnisse[66]) sich nicht auf die Dauer halten konnte, war ohne weiteres klar; einstweilen mußte aber mit ihr der Rechtsweg offen gehalten werden. Die interessante Folge ist nun, daß etwa zehn Jahre nach dem ersten entscheidenden Angriff auf die Fiskuslehre, in Preußen z. B. im Jahre 1842, die Zulässigkeit des Rechtsweges gesetzlich festgelegt wurde[67]). Als dann auch die Zulässigkeit des Rechtswegs für die Diensteinkünfte der Beamten[68]) gesetzlich anerkannt war, bestand kein Grund mehr, die scharfe Scheidung von privatem und öffentlichem Recht länger zu verwischen, oder eine doppelköpfige Staatspersönlichkeit anzuerkennen.

3. Die Durchführung der Scheidung von öffentlichem und privatem Recht in der Behandlung der einzelnen Rechtsinstitute führte aber dazu, daß man das Beamtendienstverhältnis[69]) als ein rein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis behandelte. Auch die Enteignung wurde 1869 zuerst von Laband[70]) als ein rein öffentlich-rechtliches Rechtsinstitut angesehen. Diese öffentlich-rechtliche Auffassung der verwaltungsrechtlichen Rechtsinstitute war nur dadurch möglich, daß die Auffassung von der Rechtspersönlichkeit des Staates inzwischen eine Wandlung erfahren hatte. Die vorher herrschende Lehre, neben dem hoheitlichen Staat noch einen vermögensrechtlichen Staat anzunehmen, war endgültig von fast allen verlassen. An ihre Stelle war die Anschauung getreten, daß nur noch ein einheitlicher Staat als Rechtsträger anerkannt werden dürfe, der wie jede Person Träger öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rechte und Pflichten sei[71]). Da nun der Staat (als Hoheit plus Fiskus) die einzige Rechtspersönlichkeit des Staates war, war es nötig, ihn auch als verpflichteten und berechtigten Gegner in den ver-

---

steigerungsverfahren, der heute noch von einer weit verbreiteten Meinung als Hoheitsakt mit bürgerlichrechtlichem Inhalt (Kauf) angesehen wird.

[66]) Fleiner, Institutionen, S. 41.

[67]) Ebenso interessant sind die Eingangsworte dieses Gesetzes über die Zulässigkeit des Rechtsweges: „Wir ... verordnen zur Beseitigung der Zweifel, die über die Zulässigkeit des Rechtsweges entstanden sind ...".

[68]) In Preußen, Gesetz über die Erweiterung des Rechtsweges vom 25. 5. 1861.

[69]) Der Übergang von der bürgerlichrechtlichen zur öffentlich-rechtlichen Auffassung zeigt sich auch in der Erfassung der zwischen Gläubiger u. Gerichtsvollzieher bestehenden Rechtsbeziehungen, die anfangs als Auftrag, heute als hoheitliche aufgefaßt werden. Vgl. die beiden Plenarentscheidungen des RG. 16, S. 396 ff., 82, S. 85 ff.

[70]) Laband, Arch. f. ziv. Pr. 52, S. 170 ff.

[71]) Fleiner, Umbildung zivilrechtlicher Institute, S. 18.

mögensrechtlichen Rechtsverhältnissen anzusehen. Aus der strengen Scheidung des privaten und öffentlichen Rechts folgte also die Notwendigkeit, die einer öffentlich-rechtlichen Leistung entsprechende vermögensrechtliche Gegenleistung (Gehalt, Enteignungsentschädigung) als öffentlich-rechtlichen vermögensrechtlichen Anspruch zu behandeln, der vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden konnte.

Damit erkannte man endlich einheitliche, öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse als Grundlage der Verwaltungsrechtswissenschaft an. Daß diese Anschauung auch sofort allgemeine Anerkennung fand, hat lediglich darin seinen Grund, daß sie jedem natürlich erschien. Ihre Anerkennung war allerdings immer dadurch bedingt gewesen, daß die Zulässigkeit des Rechtswegs und damit der gerichtliche Schutz erhalten blieb[72]).

---

4. Die Aufgabe der neueren Verwaltungsrechtswissenschaft ist danach klar:

Die Fiskustheorie war ein Kampfmittel des Rechtes und hatte den Zweck, nicht geschützte Rechtsgebiete der Herrschaft des Rechtes zu unterwerfen[73]). Nachdem im Rechtsstaat die Herrschaft des Rechtes gesetzlich anerkannt war, hatte sie ihre Berechtigung verloren, und wird nach und nach von den meisten Schriftstellern nicht mehr als Grundlage eines zeitgemäßen[74]) Verwaltungsrechtssystems in bezug auf die genannten Rechtsverhältnisse anerkannt.

Da es nicht möglich ist, daß man den Staat als einheitliche Rechtspersönlichkeit ansieht, wenn er Subjekt der genannten Rechtsverhältnisse ist, daß man ihn aber in den Wegerechts- und Wasserrechtsverhältnissen als doppelte Rechtsperson behandelt, müssen wir uns also entscheiden und entweder die doppelte Staatspersönlichkeit als Grundlage a l l e r Rechtsverhältnisse anerkennen oder die Fiskuslehre einheitlich im ganzen Verwaltungsrecht ablehnen. Jede Halbheit ist unmöglich, über ihre Berechtigung kann nicht gestritten werden. Ob nun aber nach geltendem Recht Mayer mit der Ablehnung der Fiskuslehre oder ob Hatschek mit ihrer bedingungslosen Anerkennung das Richtige getroffen hat, darüber läßt sich streiten. Hatschek hat insofern recht, als er ausführt, daß das BGB. noch oft in den Schuhen der Fiskuslehre stecke, seine Bestimmungen also die Fiskuslehre stellenweise anzuerkennen scheinen. Demgegenüber ist aber Otto Mayer beizutreten, wenn er gerade in der Wissenschaft die Beseitigung der Reste der Fiskuslehre und die Vereinheitlichung des Systems unseres Verwaltungsrechts fordert; denn die

---

[72]) Fleiner, a. a. O., S. 21.
[73]) Otto Mayer, Verwaltungsr. 2. Aufl. Bd. I, S. 50.
[74]) a. A.: Hatschek, Verw. A. 7, S. 424 ff., RG. Bd. 1, S. 366.

Fiskustheorie hat heute ihren Sinn verloren, der Schutz der Untertanen auch ohne sie in gleichem Umfang gewährleistet[75]).

Die Aufgabe ist also nur, in allen Gebieten des Verwaltungsrechts vor allem auch im Recht der öffentlichen Sachen die Reste der Fiskuslehre als Grundlage der Darstellung zu beseitigen. Denn nach der heute herrschenden Rechtsauffassung gibt es nur eine Person, Staat. Der bedingungslosen Anerkennung dieses Zieles darf man auch deshalb nicht ablehnend gegenüberstehen, weil man vielleicht meint, man dürfe nicht durch neue theoretische Einstellung die Zulässigkeit des Rechtsweges beschränken und dem Untertan den bisherigen Rechtsschutz entziehen. Mit Recht hat das Reichsgericht in letzter Zeit den Grundsatz anerkannt, daß die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht dadurch wegfalle, daß man auf Grund geläuterter Rechtsauffassung ein früher privatrechtlich erfaßtes Rechtsverhältnis heute als öffentlich-rechtliches behandelt[76]).

b) Die Entwicklung des öffentlichen Sachenrechts von der Fiskuslehre zur einheitlichen öffentlich-rechtlichen Behandlung.

Bisher ist es noch nicht gelungen, für die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen unser Ziel endgültig zu erreichen. Der Idee des öffentlichen Eigentums wie auch dem Gedanken an das Bestehen eines öffentlichen Sachenrechts steht man heute noch im allgemeinen ablehnend gegenüber.

Die Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen haben eine den anderen Instituten des öffentlichen Rechts ähnliche Entwicklung erfahren. Länger als in den übrigen Verwaltungsrechtsgebieten hat sich hier die Fiskuslehre gehalten. Noch heute ist sie die Grundlage der herrschenden Auffassung. Die Idee eines öffentlichen Eigentums ist unter dem Einflusse des römischen Rechts und des französischen Verwaltungsrechts erst spät aufgetaucht. 1873 haben v. Seydel[77]) und v. Eisele[78]) zum erstenmal den Gedanken geäußert, der Staat sei öffentlich-rechtlicher Eigentümer der öffentlichen Sachen.

1. Als das römische Recht in Deutschland Aufnahme gefunden hatte, konnte es nicht ausbleiben, daß auch seine Grundsätze im öffentlichen Sachenrecht angewendet wurden. Das Recht des corpus iuris hatte die res communis omnium im allgemeinen als res nullius angesehen. Die in publico usu stehende öffentliche Sache war also

---

[75]) Auch im öffentlichen Sachenrecht genießt der Untertan Rechtsschutz (a. A.: Fleiner, Umbildung zivilrechtl. Institute, S. 21.) Streiten sich Untertan und Obrigkeit um das Eigentum an einer öffentlichen Sache, so behauptet der Untertan das Bestehen privatrechtlichen Eigentumes, dessen Feststellung er begehrt. Steht ihm das Eigentum zu, so ist ihm Rechtsschutz zu gewähren. Nur der Streit zwischen Trägern öffentlicher Gewalt wäre der Zuständigkeit der Gerichte entzogen.

[76]) R. G. 106, S. 179.

[77]) v. Seydel, Grundzüge einer allgem. Staatslehre, 1873, S. 42 ff.

[78]) v. Eisele, Über d. Rechtsverh. der res publicae, 1873.

dem rechtsgeschäftlichen Güterumsatze entzogen, sie war eigentumsunfähig. Die Vertreter dieser im 19. Jahrhundert noch bestehenden Auffassung nahmen folgerichtig an, daß auch der Staat nicht Eigentümer der öffentlichen Sache sein könne. Trotzdem eigentlich dieser Satz nur negativ das Nichtbestehen des bürgerlichen Eigentums an den öffentlichen Sachen feststellt, nicht aber auch sagt, wo denn die Rechtsbeziehungen einer öffentlichen Sache eigentlich einzugliedern sind, hat man sich im allgemeinen mit dieser Feststellung begnügt und nicht die Frage gestellt, welche Rechtsverhältnisse eigentlich an den öffentlichen Sachen bestehen[79]).

Teilweise hat man sich auch schon in der Zeit der Rezeption und später diese Frage vorgelegt. Ohne in den Quellen genügenden Anhalt zu finden, hat man sie dahin beantwortet, daß der Staat Eigentümer der res nullius sei. Dieses Eigentumsrecht versuchte man aus den Quellen nachzuweisen, und da dies nicht bedenkenfrei möglich war, kam es, daß man sich schließlich um den Inhalt der Pandekten stritt.

Als durch das Aufkommen des geschichtlichen Studiums zu Beginn des 19. Jahrhunderts die römischen Quellen wieder eifriger gelesen wurden, wurde bei Gelegenheit der alte Streit wieder neu belebt. Wiederum gab es Juristen, die behaupteten, die öffentlichen Sachen seien eigentumsunfähige res nullius und andere, die die Ansicht vertraten, daß die öffentlichen Sachen im Eigentum des Staates ständen.

2. Erst der Basler Festungsstreit sollte die deutschen Juristen wieder darauf aufmerksam machen, daß die Erfassung der Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen Schwierigkeiten macht. Jhering und Keller haben in dem Gutachten[80]) zu diesem Rechtsstreit zum erstenmal sich wieder die Frage vorgelegt, wo denn die Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen einzugliedern seien. Sie sind dabei zu der Ansicht gelangt, daß die Rechtsverhältnisse ausschließlich dem öffentlichen Recht angehören, das Schiedsgericht hat sich ihrer Ansicht angeschlossen. Ausgehend davon, daß das römische Recht die öffentlichen Sachen als res extra commercium dem rechtsgeschäftlichen Güterumsatz und dem Privateigentum aller, auch dem des Staates[81]), entzogen habe[82]), bestreitet Jhering die Anwendbarkeit des privatrechtlichen Eigentumsbegriffs auch deshalb, weil das „staatliche Eigentum" nicht das ausschließliche Nutzungsrecht neben der Verfügungsmacht umfasse. Der Nießbrauch sei vom Eigentum von Anfang an und für immer abgetrennt[83]).

---

[79]) S. Anmerk. 3.

[80]) Jhering, Vermischte Schriften, S. 103—154; Keller, Gutachten ... Basel 1861.

[81]) l. 6 pr. de cont. emt. 18, 1; l. 72 § 1 l. c.; l. 83 § 5 de V. O. 45, 1; § 2 J. de inut. stip. 3, 19.

[82]) Jhering, a. a. O., S. 145 ff., insbes. S. 148/9.

[83]) Jhering, a. a. O., S. 149.

Jhering hat mit dieser teilweise nicht zutreffenden Begründung das Bestehen eines bürgerlich-rechtlichen Eigentums verneint und war so zu einem m. E. richtigen Ergebnis gekommen. Als erster der Vertreter der Auffassung, daß ein Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen unmöglich sei, stellt er die Frage, wo dieses Recht des Staates an den öffentlichen Sachen, das nur die Kehrseite des Gemeingebrauchs sei, eingegliedert werden müsse. Diese Eingliederung macht wohl Schwierigkeiten, und so hat Jhering nur die Behauptung aufgestellt, es sei eine rechtliche Beziehung zwischen Staat und der für den Gemeingebrauch bestimmten res publica[84]). Damit war allerdings nicht viel gesagt, denn eine ebensolche sachenrechtliche Beziehung ist auch das von ihm abgelehnte bürgerliche Eigentum. Das Eine aber war von ihm richtig erkannt, daß das Eigentum des Staates ein dingliches, öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis ist.

Mit Jhering im wesentlichen übereinstimmend hat auch v. Keller[85]) die Ansicht vertreten, daß das Recht des Staates an den dem Gemeingebrauch gewidmeten Sachen nicht als belastetes bürgerliches Eigentum angesehen werden könne, daß dieses Recht vielmehr ein staatliches Hoheitsrecht sei, das zu den Souveränitätsrechten des Staates gehöre und einen Teil der Polizeigewalt ausmache[86]). Während Jhering also schon festgestellt hatte, daß dem Staat ein dingliches öffentliches Recht an den öffentlichen Sachen zustehe, behauptet v. Keller nur, daß dieses Recht ein öffentliches Recht sei.

3. v. Eisele[87]) und v. Seydel[88]) nahmen zuerst die Eingliederung dieses Rechtes dinglicher Art vor. Nach ihrer Auffassung gehört das Rechtsverhältnis der öffentlichen Sachen des Staates nach allen Seiten dem öffentlichen Recht an[89]). Deshalb ist ein Privateigentum an ihnen undenkbar[90]). Die Bestimmung der öffentlichen Sache zum Gemeingebrauch schließt es begrifflich aus[91]). Trotzdem aber ist die öffentliche Sache, wie sie ausführen, nicht herrenlos, der Staat ist vielmehr ihr Herr. Das Recht, das der Staat an ihr ausübt, ist ein der privatrechtlichen Sachherrschaft (Eigentum) entsprechendes öffentliches Recht, nicht aber ein polizeiliches Hoheitsrecht[92]). Deshalb muß es als ein dem öffentlichen Recht angehörendes „publizistisches Eigentum" bezeichnet werden[93]).

---

[84]) Jhering, a. a. O., S. 152.
[85]) v. Keller, Rechtsgutachten ... 1861.
[86]) v. Keller, a. a. O., S. 8.
[87]) v. Eisele, Über d. Rechtsverh. der res publicae, 1873.
[88]) v. Seydel, Grundzüge einer allgem. Staatslehre, 1873, S. 42 ff.
[89]) v. Eisele, a. a. O., S. 21.
[90]) v. Eisele, a. a. O., S. 22.
[91]) v. Eisele, S. 23.
[92]) Diese Ansicht steht im Gegensatz zu der v. Kellers a. a. O., S. 8.
[93]) v. Eisele, a. a. O., S. 24.

4. Diese Lehre vom publizistischen Eigentum hat damals wohl Widerspruch gefunden[94]). Man hatte aber noch nicht den Zusammenhang zwischen ihr und der Entwicklung anderer Rechtsinstitute und dem Übergang von der Fiskuslehre zur Lehre von der einheitlichen Staatspersönlichkeit erkannt; aus diesem Grunde hat man auch nicht bemerkt, daß es sich tatsächlich um eine Grundfrage des Rechtes handelte. Erst als Otto Mayer den wahren Zusammenhang mit der Fiskuslehre aufgedeckt hatte, begann der lebhafte Streit, der augenblicklich zwar durch die Rechtserscheinungen der Revolutionszeit und der darauf folgenden Jahre in seiner Bedeutung zurückgedrängt worden ist, der aber bis heute noch keine befriedigende Lösung gefunden hat.

Auch Otto Mayer nimmt an, daß der Staat öffentlicher Eigentümer der ihm gehörenden öffentlichen Sachen sei. Seine Auffassung baut sich logisch einwandfrei auf der Ablehnung der Fiskuslehre auf[95]). Gerade dieser innere Grund macht seine Lehre besonders wertvoll[96]). Das besondere Verdienst Mayers ist es auch, das ganze öffentliche Sachenrecht in seinen Grundzügen geschaffen zu haben. Bisher kannte man nur das dem bürgerlichen Eigentum entsprechende öffentliche Eigentum. Hatte aber das Enteignungsverfahren oder der freihändige Erwerb des Wegegrundstücks das Eigentum nicht auf die verwaltende Körperschaft übertragen, so lag keine dem privaten Eigentum entsprechende weitgehende öffentlich-rechtliche Sachherrschaft vor. Die Herrschaft der Verwaltung war dann nur beschränkt, aber öffentlich-rechtlicher Natur. Zur Erfassung dieser Fälle werden von Mayer zwei weitere Institute in das Verwaltungsrecht übernommen. Und zwar nimmt er an, daß zugunsten des Staates eine öffentlich-rechtliche Grunddienstbarkeit besteht, wenn das Recht des Staates nur eine beschränkte Sachherrschaft mit rechtlicher Grundlage ist[97]). Beruht dagegen die Herrschaft der Verwaltung nicht auf einer rechtlichen Grundlage, ist sie rein tatsächlicher Natur, so nimmt er einen öffentlich-rechtlichen Besitz an[98]), der auch der ständige Begleiter des öffentlichen Eigentums und der öffentlichen Grunddienstbarkeit ist.

5. Diesem Grundstücksrecht des Verwaltungsrechts haben neuerdings Peters[99]) und Biermann[100]) noch ein öffentliches Mobiliarsachenrecht zur Seite gestellt. Sie wollen den Grundsatz der Unveräußerlichkeit und des Ausschlusses der Ersitzung auch auf bewegliches Eigentum des Staates unter Umständen anwenden, kommen dabei zu außerordentlich billigen und praktischen Ergebnissen,

[94]) Vor allem Wappaeus, a. a. O., S. 85 ff. und Kappeler, a. a. O. S. 6 ff.
[95]) Vgl. oben S. 28 ff.
[96]) So zutreffend H. Schelcher in F. Z. 31, S. 19 f.
[97]) Otto Mayer, Verw. R. Bd. 2, S. 48.
[98]) Otto Mayer, a. a. O., S. 49.
[99]) Peters, Verw. A. Bd. 24, S. 170 ff.
[100]) Biermann, Die öff. Sachen, § 2.

ihre Ansicht geht aber wohl deshalb fehl, weil Mobilien nicht in hoheitlichen Rechtsverhältnissen zu erscheinen pflegen.

Die dargelegte Entwicklung vom mittelalterlichen hoheitlichen Regal, von der res publica zum öffentlich-rechtlichen und zum dinglichen Rechtsverhältnis und schließlich zum öffentlichen Eigentum und öffentlichen Sachenrecht wird nicht allgemein als stetig anerkannt. Die Ansicht Jherings und Kellers ist ihrem Wesen nach aber nur eine Vorstufe der öffentlich-rechtlichen Auffassung. Trotzdem pflegt man sie als sog. Hoheitstheorie[101]) der Lehre vom öffentlichen Eigentum gegenüberzustellen.

---

6. Die Lehre von den öffentlichen Sachen ist auch heute noch in den Anfängen, und daher ist unter ihren Vertretern keine Frage unstreitig. Dies ist natürlich ein Mangel, der die Anerkennung der Lehre noch lange verhindern wird.

Die Anhänger der Lehre vom öffentlichen Eigentum scheinen heute nur über das Eine einig zu sein, daß das Anwendungsgebiet des öffentlichen Sachenrechts nicht nach dem Vorliegen staatlichen Eigentums bestimmt werden kann. Welche Sachen aber den Grundsätzen des öffentlichen Sachenrechts unterstehen, ist im einzelnen bis zur Hoffnungslosigkeit bestritten. Die geschichtliche Entwicklung läßt erkennen, daß man ursprünglich die Ansicht vertreten hat, daß nur auf Grundstücke die Grundsätze des öffentlichen Sachenrechts Anwendung finden.

Die Rechtslehrer des gemeinen Rechts sind im allgemeinen davon ausgegangen, daß die res in publico usu, d. h. die dem Gemeingebrauch unterliegenden Sachen im öffentlichen Eigentum des Staates stehen[102]). Diese Ansicht stützt sich auf die Pandekten.

Die Ansicht Mayers[103]) geht dahin, daß nur diejenigen Sachen nach den Grundsätzen des öffentlichen Sachenrechts zu behandeln sind, die durch ihre bloße Existenz einen Zweck der staatlichen Verwaltung erfüllen, wo sich Verwaltungstätigkeit mit Sachherrschaft verbindet. Im wesentlichen gehören dann Wege, Flüsse und Festungswerke wie auch gemeinnützige Anlagen[104]) zu den öffentlichen Sachen.

Apelt[105]) dagegen rechnet auch die Dienstgebäude, Gefängnisse, Gerichtsgebäude, staatlichen Heilanstalten und Schulen hinzu[106]), nicht aber die staatlichen Domänen, Forsten und Manufakturen.

---

[101]) H. Schelcher, F. Z. 31, S. 12 ff.
[102]) Jhering, a. a. O., S. 151; Keller, a. a. O., S. 8.
[103]) Mayer, Verw. R. § 35.
[104]) Das Nähere unten S. 37 f.
[105]) In F. Z. 30, S. 97 ff.
[106]) Apelt, F. Z. 30, S. 100.

Eine zweite Ansicht nimmt aber außer den Grundstücken auch die beweglichen Sachen hinzu. So nehmen Peters[107]) und Biermann[108]) an, daß Staatsurkunden und Dienstsachen im öffentlichen Eigentum des Staates stehen.

Den Geltungsbereich des öffentlichen Sachenrechts hat Mayer dadurch wesentlich erweitert, daß er im Privateigentum der Untertanen stehende öffentliche Sachen anerkannt und an ihnen zugunsten des Staates eine öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit oder einen öffentlich-rechtlichen Besitz angenommen hat.

Im vorliegenden Zusammenhang brauchte nur auf den Streit über die Grundlagen der öffentlich-rechtlichen Lehre hingewiesen zu werden; näher darauf einzugehen, war nicht nötig, da alle Vertreter dieser Ansicht darüber einig sind, daß die im Gemeingebrauch stehenden öffentlichen Sachen, also auch die öffentlichen Gewässer, im öffentlichen Eigentum des Staates stehen. Die obige Darlegung war aber notwendig. Sie sollte das Verständnis für die Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Lehre dadurch vermitteln, das sie zeigen sollte, daß neben der Auffassungsweise auch das Anwendungsgebiet der neuen Auffassung gewechselt hat.

c) Die Lehre Mayers.

Da ich mich im folgenden der Auffassung Mayers, wenn auch mit erheblichen Abweichungen anschließen werde, und da andererseits auch die Angriffe auf das öffentliche Eigentum sich immer gegen die Auffassung Mayers richten, ist es zweckmäßig, diese kurz darzulegen.

Nach seiner Ansicht unterliegen dem öffentlichen Sachenrecht nur diejenigen Sachen, die durch ihr Vorhandensein einen öffentlichen Zweck des Staates erfüllen[109]). Dahin rechnet er die öffentlichen Wege, Eisenbahnen, schiffbaren Flüsse[110]), Kanäle[111]) den Meeresstrand[112]), die Festungen, Deiche[113]), Siele, Brunnen[114]), Kirchen und Friedhöfe[115]).

Soweit diese Sachen im Eigentum einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft stehen, ist dieses Eigentum öffentlich-rechtlicher Natur. Der Staat kann in einem Rechtsverhältnis nicht gleichzeitig Berechtigter und Verpflichteter sein; er kann nicht im gleichen Rechtsverhältnis als Obrigkeit und als Untertan erscheinen. Das Eigentum muß einheitlich dem öffentlichen Recht angehören, dies äußert sich darin, daß der Eigentümer überall als Obrigkeit auftritt, im Wege-

---

[107]) Peters, Verw. A., Bd. 24, S. 170.
[108]) Biermann, Die öff. Sachen § 2.
[109]) O. Mayer, Verw. R., 3. Aufl., Bd. II, S. 39.
[110]) O. M., a. a. O., S. 51.
[111]) O. M., a. a. O., S. 52.
[112]) O. M., a. a. O., S. 53.
[113]) O. M., a. a. O., S. 54.
[114]) O. M., a. a. O., S. 55.
[115]) O. M., a. a. O., S. 56.

recht z. B. als Wegeherr. Die Wegeherrschaft ist Befugnis des Eigentümers, gehört zum Inhalt seines Eigentums und enthält die Macht, den öffentlichen Weg einzuziehen[116]). Davon getrennt zu betrachten bleibt noch die Polizei, die oft schützend eingreift, wenn die öffentliche Ordnung gestört ist; sie ist reine Sicherheitspolizei[117]), während die Wegeherrschaft (die Befugnis, den öffentlichen Weg einzuziehen) zu dem übertragenen Wirkungskreis der Polizei gehört.

Die rechtliche Herrschaft der Verwaltung ist aber nicht immer und notwendig die Form rechtlicher Vollherrschaft in Gestalt des öffentlichen Eigentums. Auch eine im Eigentum von Privatpersonen stehende Sache kann in der Hand der Verwaltung einem öffentlichen Zweck dienen. Beruht die Zugehörigkeit zur Verwaltung auf einem dem Eigentümer gegenüber wirksamen Rechtstitel, so ist das Recht der Verwaltung als öffentlich-rechtliche (Grund)dienstbarkeit aufzufassen[118]). Neben diesen Rechtsformen einer öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft gibt es dann noch den öffentlich-rechtlichen Besitz[119]). Er gehört immer zur öffentlichen Sache und begleitet sowohl das Eigentum wie auch die Dienstbarkeit. Er ist die tatsächliche, auf dem öffentlichen Sachenrecht beruhende Gewalt.

Soweit die öffentliche Sache nicht von Natur aus öffentliche Sache ist (wie die öffentlichen Flüsse und der Meeresstrand), wird dem Grundstück die Eigenschaft einer öffentlichen Sache erst durch die Widmung[120]), nicht etwa schon durch die Enteignung[121]) verliehen. Sie läßt das durch die Enteignung erworbene Privateigentum zu einem öffentlichen Eigentum werden und verleiht der Verwaltung eine öffentlich-rechtliche Stellung, nunmehr kann diese durch Verfügung aus eigener Macht gegen Störer vorgehen. Damit ist die öffentliche Sache dem rechtsgeschäftlichen Verkehr des Privatrechts entzogen. Rechtsgeschäftliche Verfügungen über sie sind nur nach öffentlichem Recht möglich[122]) und können nur dann erfolgen, wenn der Erwerber der öffentlichen Sache selbst Subjekt öffentlicher Gewalt sein kann. Bürgerlichrechtliche Belastungen des öffentlichen Eigentums sind rechtlich nicht möglich[123]), Eigentumsersitzung und ähnliche Rechtsinstitute, Übereignung an Privatpersonen sind ausgeschlossen, es sei denn, daß das Gesetz etwas anderes bestimmen sollte[124]).

---

[116]) O. M., a. a. O., S. 93, Anm. 8, Aufl. 2 und Bd. II, S. 435; H. Schelcher in F. Z. 31, S. 6, 54, 65, 97; Guba, a. a. O., S. 57; Friedrichs in Gruch. 62, S. 465.

[117]) O. M., a. a. O., S. 66 ff.

[118]) O. M., a. a. O., § 40.

[119]) O. M., a. a. O., S. 49.

[120]) O. M., a. a. O., S. 59.

[121]) O. M., a. a. O., S. 58; a. A. nur Grünhut, Enteignungsrecht, S. 80.

[122]) O. M., a. a. O., S. 61.

[123]) O. M., a. a. O., S. 63; eine Abweichung von diesem Grundsatz ist z. B. in den Gesetzen über die Verpfändung von Bahneinheiten bestimmt (Preuß. Ges. v. 8. 7. 02; Württemb. Ges. v. 23. 3. 06).

[124]) Die privatrechtliche Ansicht führt zu den entgegengesetzten Folgerungen.

Die öffentliche Sache hört auf, Objekt dieses öffentlichen Sachenrechts zu sein, wenn sie dem öffentlichen Zweck nicht mehr dient und dies durch Entwidmung festgestellt ist[125]).

d) Einwendungen gegen Mayers Theorie.

Gegen die dargestellte Ansicht Mayers sind die verschiedensten Einwände erhoben worden; die interessantesten sind jedoch diejenigen, die an Grundfragen des öffentlichen Rechts und der gesamten Rechtsordnung rühren und daher rein dogmatischer Natur sind.

1. Die öffentlichen Sachenrechte sind keine subjektiven Rechte.

Die Idee eines öffentlichen Sachenrechts hat man deshalb für unhaltbar angesehen, weil das öffentliche Eigentum und die öffentlichen Sachenrechte keine subjektiven öffentlichen Rechte seien.

Das bürgerliche Eigentum, so folgert man, ist ein subjektives Privatrecht, die übrigen dinglichen Rechte des bürgerlichen Rechts sind ebenfalls subjektive Rechte. Dementsprechend müsse man, um die theoretische Möglichkeit des öffentlichen Sachenrechts zu beweisen, feststellen können, daß auch die Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen (öffentliches Eigentum, öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit und öffentlich-rechtlicher Besitz) subjektive dingliche öffentliche Rechte seien. Vor allem hat dies Jellinek in seinem „System der subjektiven öffentlichen Rechte“[126]) behauptet.

1. Seinen Ausführungen ist grundsätzlich beizutreten, wenn er dort sagt, daß Rechte auf Gebrauch öffentlicher Sachen und öffentlicher Anstalten als Reflexrechte anzusehen seien[127]). Ihm ist auch zuzustimmen, wenn er die Rechte an öffentlichen Sachen und Anstalten auch dann als Reflexrechte ansieht, wenn die öffentliche Sache oder Anstalt dem Untertanen nur durch Begründung eines Kontrahierungszwanges zugänglich wird. Ein subjektives Recht kann sich Jellinek nur auf Benutzung öffentlicher Anstalten denken, das dann vorliegen soll, wenn der Staat ins einzelne gehende Zulassungsbedingungen für die Benutzung der Anstalt aufstellt und der Untertan diesen Zulassungsbedingungen genügt (Recht auf Zulassung zum Studium[128]). Für die Benutzung öffentlicher Sachen weiß Jellinek jedoch keinen Fall anzuführen[129]). „Nur insofern der Staat das Recht hätte, jedermanns öffentliche Pflichten zu fordern, könnte man auch hier ein subjektives Recht in Frage sehen“[130]). Die Bedeutung dieses Satzes ist nicht ganz klar. Man stellt sofort die Frage, wem denn

[125]) Otto Mayer, a. a. O., S. 69.
[126]) Jellinek, a. a. O., S. 72.
[127]) Jellinek, a. a. O., S. 70.
[128]) Jellinek, a. a. O., S. 71.
[129]) Jellinek, a. a. O., S. 71, 72.
[130]) Jellinek, a. a. O., S. 72.

dieses subjektive Recht zustehen solle und nimmt wohl an, daß ein subjektives Recht des Staates in Gestalt des öffentlichen Eigentums in Frage stehe, da von einem dinglichen Recht des Staates gegen jedermann die Rede ist[131]). Ist die Begründung in diesem Sinne gemeint, so müssen wir anerkennen, daß das öffentliche Eigentum und die anderen dinglichen öffentlichen Rechte keine subjektiven Rechte sind. Das öffentliche Eigentum ist nach der Anschauung Mayers[132]) unter keinen Umständen ein subjektives Recht. Denn nur die „Macht über die Verwaltung"[133]) und nur „Rechte, die dem einzelnen als Glied des Staates zustehen"[134]), sollen als subjektive Rechte anzusehen sein.

Das öffentliche Eigentum ist aber, und das hätte Jellinek von seinem Standpunkt aus ebenfalls feststellen müssen, auch kein Reflexrecht, wie es die von ihm erwähnten Rechte auf Anstaltsbenutzungen sind. Es ist vielmehr eine dritte Art öffentlicher Rechte, es gehört nämlich zu denjenigen, die aus der Machtfülle des öffentlichen Gemeinwesens entspringen. Man kann diese Rechte als Kehrseite der Reflexrechte bezeichnen. Was dem Untertanen mangelt, hat die Verwaltung. In diesem Sinne ist das öffentliche Eigentum die Kehrseite des Gemeingebrauchs[135]).

Das öffentliche Eigentum ist vom Standpunkt der Verwaltung aus gesehen stärker als ein subjektives Recht. Hätte die Verwaltung ein subjektives Recht, so müßte sie regelmäßig zur Durchsetzung ihrer Ansicht die Hilfe der Gerichte in Anspruch nehmen, so aber setzt sie ihre Ansicht durch, indem sie rechtlich bindend verfügt. Wie kann man aber daraus, daß der Verwaltung ein stärkeres Recht zur Seite steht, schließen, daß ein öffentliches Sachenrecht unmöglich sei?

2. Neben den Rechtsinstituten, die dem Staate Rechtsbefugnisse geben, gibt es aber auch noch solche, die dem Untertanen ein Recht an der öffentlichen Sache verleihen. Als Widerlegung Mayers gewinnen die Ausführungen Jellineks erst Bedeutung, wenn Jellinek auch behaupten will, daß diese dinglichen Rechte der Untertanen keine subjektiven Rechte seien[136]), da Mayer gerade diese Rechte an den öffentlichen Sachen als subjektive Rechte im wahren Sinne des

---

[131]) A. A. Guba, a. a. O., S. 59.

[132]) Wenn Mayer in seinem deutschen Verwaltungsrecht von dem öffentlichen Eigentum als einem Recht spricht, so will er damit nicht sagen, daß das öffentliche Eigentum ein subjektives Recht sei. Dies hat er selbst im Verwaltungsrecht, 1. Aufl., Bd. I, S. 110 f. ausdrücklich betont. Mayer verwendet den Ausdruck nur aus Zweckmäßigkeitsgründen, aus dem gleichen Grunde wird auch im folgenden von einem Recht die Rede sein, obwohl, streng genommen, damit nur eine Befugnis weitestgehenden Inhalts gemeint ist.

[133]) Otto Mayer, a. a. O., S. 107, Bd. I.

[134]) Jellinek, a. a. O., S. 59 ff.

[135]) Jhering, a. a. O., S. 149 ebenso.

[136]) Aus dem Wortlaut seiner Ausführungen ist nicht zu entnehmen, daß Jellinek behaupten will, dingliche Rechte der Untertanen an den öffentlichen

Wortes ansieht, da sie den Untertanen eine „rechtliche Macht über die Verwaltung" geben. Schon früher war Streit darüber, ob die sachenrechtlichen Institute, die Verleihung, das verliehene Gebrauchsrecht und der Gemeingebrauch als subjektive Rechte der Untertanen zu behandeln seien. Obwohl Mayer und Jellinek im wesentlichen von der gleichen Definition der subjektiven öffentlichen Rechte ausgehen, gelangen sie doch zu verschiedenen Ergebnissen.

a) Während Jellinek nur diejenigen Rechte als subjektive Rechte der Untertanen bezeichnet, die ihnen eine rechtliche Macht über die Verwaltung verleihen und ihnen kraft ihrer gliedlichen Stellung im Staate verliehen sind, sieht Mayer das subjektive Recht als rechtliche Macht über die Verwaltung an. Beide Definitionen unterscheiden sich in ihren Elementen nicht. Weder die reine Machttheorie[137]) (subjektives Recht ist die vom Staate verliehene Willensmacht) noch die reine Interessentheorie[138]) (subjektives Recht ist das rechtlich geschützte Interesse) wird von beiden vertreten. Beide gehen aus von der durch die Rechtsordnung verliehenen Willensmacht über die Verwaltung, dem rechtlichen Können, berücksichtigen aber auch den Zweck der verliehenen Willensmacht, indem sie das rechtlich anerkannte Interesse des Individuums, den Schutz seiner Güter, seinen Vorteil[139]) berücksichtigen. Von der gleichen Grundlage aus, so sollte man eigentlich annehmen, müßten Jellinek und Mayer eigentlich auch zum gleichen Ergebnis kommen.

Ob nun das rechtliche Können im eigenen Interesse dem einzelnen tatsächlich verliehen ist, hängt von der Ausgestaltung des einzelnen Rechtsinstituts ab, insbesondere davon, ob dem Untertan die Macht gegeben ist, seine Ansicht gegen die der Verwaltung durchzusetzen, mit anderen Worten, ob ihm das Recht eine Macht über die Verwaltung gibt. Ein Merkmal hierfür ist die Tatsache, daß er sein Recht im Rechtswege verfolgen kann, und daß er der Verwaltung gegenüber in einem geordneten Verfahren vor unabhängigen Gerichten Rechtsschutz suchen kann. Die Auffassungen Mayers und Jellineks unterscheiden sich also nicht.

b) Sogar schon der Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen ist z. B. in Preußen als subjektives Recht des Untertanen ausgestaltet. Will nämlich die Wegepolizeibehörde einen öffentlichen Weg einziehen, so kann jeder Einspruch erheben und den trotzdem ergehenden Einziehungsbeschluß der Wegepolizeibehörde im Verwaltungs-

---

Sachen seien unmöglich, aus seiner Begründung aber ergibt sich dies, da er Rechte der Untertanen an öffentl. Anstalten sich wohl denken kann, nicht aber solche an öffentl. Sachen.

A. A. Guba, a. a. O., S. 59.

[137]) v. Savigny, System d. röm. Rechts, Bd. I, § 4; Windscheid, Pandekten, Bd. I, § 37.

[138]) Jhering, Geist im röm. Recht, III, §§ 60 ff.

[139]) Regelsberger, Pandekten, § 14; Merkel, Holtzend. Enzykl., § 21; Enneccerus, Allg. Tl., § 65.

wege anfechten[140]). Der Gemeingebrauch kann also unter gewissen Voraussetzungen auch gegen den Willen der Verwaltung aufrecht erhalten werden, er ist also in dieser Gestaltung ein subjektives Recht der Untertanen. Wenn nun auch der Gemeingebrauch dem Untertanen keine nach außen wirksame dingliche Rechtsstellung verleiht und man ihn deshalb nicht als subjektives Recht des Untertanen behandeln will, so mag dem ruhig zugestimmt werden, es gibt noch weitere Institute, die ohne Zweifel subjektive Rechte sind.

c) Die verliehenen Gebrauchsrechte stellen insofern subjektive Rechte dar, als sie einer Person oft gerade eine Macht über die Sache selbst geben und die Verwaltung von ihrer Wirksamkeit vollständig ausschließen, z. B. das Betriebsrecht der Reichsbahngesellschaft. Die Reichseisenbahnen stehen auch nach der Dawesgesetzgebung noch im (öffentlichen) Eigentum des Reiches. Verwaltung und Einnahmen der Bahnen sind durch Verleihung des ausschließlichen Betriebsrechts der Reichsbahngesellschaft überwiesen. Die juristische Natur des Betriebsrechts läßt sich, glaube ich, gar nicht anders erfassen, als daß man es als ein im Wege der Gesetzgebung verliehenes Gebrauchsrecht an öffentlichen Sachen auffaßt[141]), dessen Verleihung mit dem Entstehen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts verbunden war[142]). Das Gesetz gibt der Reichsbahngesellschaft die Einnahmen aus dem Betrieb der Eisenbahnen auch in ihrem Interesse, wie sich besonders daraus ergibt, daß sie durch ihre Einnahmen ihre Schulden, die sog. Reparationsschuldverschreibungen (§ 4), tilgen soll. Gewiß ist es eine abnorme Bildung, daß öffentliche Sachen, die dem Wohl der Gesamtheit dienen sollen, zugunsten einer anderen Person mit einer so weitgehenden Belastung belastet, dem Interesse einer einzelnen Körperschaft dienstbar gemacht werden (§ 2). Für gewöhnlich würde man annehmen müssen, daß dann die öffentliche Sache aufhöre, öffentliche Sache zu sein. Dies wäre auch hier der Fall, wenn nicht die Reichsbahngesellschaft zum Betriebe und zur Rückgabe der Bahnen verpflichtet wäre.

Die Definition Jellineks trifft also auch für diesen Fall zu; auch wenn man sie zugrunde legt, muß man anerkennen, daß ein subjektives Recht der Reichsbahngesellschaft besteht, das über eine bloße Verteilung der Zuständigkeit hinausgeht.

Auch die durch Verleihungsbeschluß verliehenen Nutzungsrechte an Wasserläufen sind in Preußen als subjektive Rechte an öffent-

---

[140]) § 57 des preuß. Zust. Ges.

[141]) Warum das Betriebsrecht der Reichsbahn als ein verliehenes Gebrauchsrecht behandelt werden soll und nicht, wie Mayer annimmt, als Verleihung eines öffentlichen Unternehmens, wird unten S. 62 f. ersichtlich werden.

[142]) §§ 6, 7 des Ges. v. 30. 8. 1924 begründen die Personeneigenschaft der Reichsbahn; daß sie Trägerin öffentlicher Gewalt ist, ergibt sich z. B. aus § 38 des Gesetzes.

lichen Sachen ausgestaltet. Nach preußischem Recht entsteht mit Rechtskraft des Verleihungsbeschlusses ein Recht, das anderen Untertanen gegenüber wie Eigentum im ordentlichen Rechtswege verfolgt werden kann, das auch die Verwaltungsbehörde bei Verleihung weiterer Rechte an andere wie Eigentumsrechte berücksichtigen muß (§ 81 W. G.). Sie kann die Ausübung des verliehenen Rechts durch Verleihen weiterer Rechte nicht wieder unmöglich machen.

3. Selbst dann, wenn man auch nicht ein einziges subjektives dingliches öffentliches Recht finden könnte, müßte man die Idee des öffentlichen Sachenrechts für durchaus haltbar anerkennen, denn daraus, daß auch nicht ein subjektives Recht des öffentlichen Sachenrechts besteht, kann Jellinek doch nur folgern, daß das öffentliche Sachenrecht in einem System der subjektiven Rechte nicht dargestellt werden kann. Ebensowenig wie aber das System der subjektiven öffentlichen Rechte mit dem System des Verwaltungsrechts identisch ist, ebensowenig ist m. E. der Schluß gerechtfertigt, daß das öffentliche Sachenrecht in einem System des Verwaltungsrechts unmöglich sei.

2. Verwechselt die Lehre vom öffentlichen Eigentum die Unterscheidung von dominium und imperium?

Es ist von mehreren[143]), z. B. von Hatschek[144]), behauptet worden, die Lehre vom öffentlichen Eigentum sei deshalb unhaltbar, weil sie den Begriff der sachenrechtlichen Eigentümerherrschaft (dominium) mit dem der öffentlich-rechtlichen Personenherrschaft (imperium) verwechsele, eine Sache, so meint er, könne niemals Untertan sein. Dieser Einwand ist bisher nur von Lassar[145]) eingehend gewürdigt worden. Ich vermag mich jedoch seinen Ausführungen nicht ganz anzuschließen, werde vielmehr versuchen, den obigen Einwand auf anderem Wege zu widerlegen, da ich den Begriff des Eigentümerverhältnisses für das Privatrecht anders fassen zu müssen glaube. Zutreffend hebt Lassar hervor, daß der Einwand auch von dem Standpunkt der privatrechtlichen Auffassung der Struktur des Eigentumsrechtes unhaltbar sei.

Die Widerlegung des obigen Einwandes ist auf zwei Wegen möglich. Man kann einmal vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus mit Lassar nachweisen, daß der Satz: Das öffentliche Eigentum ist ein Rechtsverhältnis zwischen einer Person und einer Sache nicht formal aufgefaßt werden darf, man kann aber auch nachweisen, daß der Satz des Privatrechts, das Eigentum sei ein Rechts-

---

[143]) Theobald, Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen, S. 33 ff.
[144]) Verwaltungsrecht, S. 442 ff.
[145]) Grundbegriffe d. Wegerechts, S. 12.

verhältnis zwischen einer Person und einer Sache, unhaltbar ist. Der letzte Weg scheint mir der richtige zu sein.

1. Die herrschende Lehre des Privatrechts nimmt an, daß Rechtsverhältnisse eine rechtliche Beziehung zwischen Person und Person, aber auch zwischen Person und Sache seien. Demgemäß faßt die nahezu einhellige privatrechtliche Lehre[146]) den Inhalt des Privateigentums folgendermaßen:

1. Der Eigentümer kann mit einer Sache verfahren, wie er will (Verhältnis zwischen Person und Sache), und

2. kann er andere beliebig von der Einwirkung auf sein Eigentum ausschließen (Verhältnis zwischen Person und Person).

Diese Inhaltsbestimmung schließt sich an § 903 BGB. an und betrachtet das Eigentum als Rechtsverhältnis der Gegenwart zwischen Person und Sache und als Rechtsverhältnis der Zukunft zwischen Personen, soweit nicht ein Anspruch gegen jedermann[147]) angenommen wird.

Demgegenüber gehen die Vertreter der Lehre vom öffentlichen Eigentum stillschweigend[148]) davon aus, daß das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis wie auch das öffentliche Eigentum eine rechtliche Beziehung zwischen Untertan und Obrigkeit sei und daß die öffentliche Sache dabei nur die Rolle eines Rechtsobjektes spiele. Die Unmöglichkeit einer der Lehre scheint auf der Hand zu liegen. Natürlich ist das öffentliche Eigentum unmöglich.

2. Tatsächlich aber ist es gerade umgekehrt. Das bürgerlich-rechtliche Eigentum kann nämlich nicht als Rechtsverhältnis zwischen Person und Sache aufgefaßt werden. Soweit es sich um das Recht des Eigentümers, mit seiner Sache zu verfahren, wie er will, handelt, ist diese Beziehung zwischen Person und Sache nämlich nur ein M a c h t verhältnis, aber kein R e c h t s verhältnis.

Die obligatorischen Rechtsverhältnisse bestehen aus einer Summe von Ansprüchen. Ein Mietverhältnis z. B. setzt sich bis zu seinem Erlöschen nur aus allen aus ihm entstandenen Ansprüchen zusammen. Den Ansprüchen des Mieters entspricht eine entsprechende Verpflichtung des Vermieters, den Ansprüchen des Vermieters eine entsprechende des Mieters. Das Mietverhältnis ist also wie jedes obligatorische Rechtsverhältnis eine Summe obligatorischer Ansprüche.

Derjenige Eigentümer steht sich aber am besten, der überhaupt keine Ansprüche hat. Besteht nämlich keine Spannung zwischen Ist- und Sollrechtslage, wird der Eigentümer im Genuß seiner Sache

---

[146]) Statt vieler: v. Tuhr, Allgem. Teil, S. 90; Wolff, Sachenrecht, S. 147.
[147]) Gegen die Möglichkeit einer solchen „Zukunftsmusik" vgl. Oertmann, a a. O., S. 457; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 156, 158/9.
[148]) Ausdrücklich sagt dies nur Mayer, a. a. O., S. 40.

nicht gestört, so hat er keinen Anspruch[149]). Erst eine Reibung mit anderen Rechtssubjekten erzeugt ihn. Im allgemeinen ist also das Eigentum keine Summe von Ansprüchen, auch nicht solchen negatorischer Art (d. h. in der Ausübung nicht gestört zu werden). Da aber von einem Rechtsverhältnis nur gesprochen wird, wenn dieses Rechtsverhältnis aus Ansprüchen besteht, ist es nicht möglich, das Eigentum als Rechtsverhältnis zu erfassen. Da also ein Rechtsverhältnis von Person zu Person nicht besteht, sieht man sich gezwungen, ein solches zwischen Eigentümer und Sache anzunehmen. Betrachtet man aber die Beziehung des Eigentümers zu seiner Sache ohne Rücksicht darauf, daß der Eigentümer mit anderen Personen in Beziehung steht, so muß man zugeben, daß der Eigentümer nicht mehr Gewalt hat als der Nichteigentümer. Wer sein Pferd nicht bändigen kann, dem hilft niemand, keine rechtliche Einrichtung verwirklicht seine Herrschaftsbefugnis über sein Pferd. Wenn daher die Beziehung des Eigentümers zu seiner Sache ein Verhältnis des Rechtes und nicht ein Verhältnis der Macht wäre, so würde diesem Recht die notwendige Zwangsmacht fehlen. Die Durchsetzungsmöglichkeit ist aber nach herrschender Lehre Kennzeichen des Rechtes (Völkerrecht). Trotzdem halten es aber die Vertreter dieser herrschenden Lehre für angängig, das Eigentum als gegenwärtiges Verhältnis von Person zur Sache, also als Rechtsverhältnis ohne Zwangsmacht anzusehen.

Die Gegenansicht begegnet noch einem weiteren Bedenken. Nimmt man mit der herrschenden Lehre an, daß das Eigentum ein Rechtsverhältnis, das Rechtsverhältnis also nur eine rechtlich geordnete Beziehung und nicht eine Summe aus einem Lebensverhältnis entspringender Ansprüche sei, so ist nicht ersichtlich, warum man dann nicht auch alle übrigen rechtlichen Beziehungen als Rechtsverhältnis bezeichnet. So müßte die herrschende Auffassung auch die rechtlichen Beziehungen von Sachen untereinander als Rechtsverhältnis bezeichnen, wie z. B. die Beziehung von Hauptsache zu Zubehör, von wesentlichen zu unwesentlichen Bestandteilen. Einen Grund dafür, daß diese Fälle aus dem Begriff des Rechtsverhältnisses ausgenommen werden, vermag wohl niemand zu geben. Nur Neuner[150]) zieht die unumgängliche Folgerung, auch diese Verhältnisse als Rechtsverhältnisse zu bezeichnen.

Ein genaueres Eingehen auf die geschichtliche Entwicklung auf den Begriff „Rechtsverhältnis" würde zu dem Ergebnis führen, daß die ältere Lehre im Anschluß an das römische Recht nur Rechtsbeziehungen zwischen Personen als Rechtsverhältnis bezeichnet[151]).

---

[149]) Wenn man nicht unzutreffend einen Anspruch gegen jedermann annehmen will. Dagegen aber mit richtigen Gründen: Oertmann, a. a. O., S. 457, der auch die Vertreter der Gegenansicht anführt.

[150]) Wesen u. Arten der Rechtsverhältnisse, S. 5.

[151]) Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. II, S. 65.

Sie betrachtete es als eine Summe einzelner actiones. In den Zeiten nur praktischer Jurisprudenz ist die Einheitlichkeit des Sprachgebrauchs verloren gegangen, erloschen war diese römische Auffassung nie. In der neueren Zeit wurde sie noch von Savigny[152]) vertreten und hat seitdem nur noch wenige, allerdings bedeutende Vertreter gefunden[153]).

3. Diese Gründe zwingen uns zu der Annahme, daß das Eigentum ein durch Ansprüche geschütztes Rechtsgut[154]) sei, das sich von den Rechtsgütern des § 823, I BGB. nur dadurch unterscheidet, daß bei Verletzung des Eigentums auch eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes möglich ist. Diese geäußerte Ansicht steht im Gegensatz zu der Ansicht fast aller Privatrechtler, ergibt sich aber notwendig für denjenigen, der die Zwangsmacht als Kennzeichen des Rechtes ansieht.

Diese Auffassung ist auch mit § 903 BGB. vereinbar. Die Nutzungsbefugnis des Eigentümers, sein Recht mit der Sache nach Belieben zu verfahren, würde auch dann Inhalt seines Eigentums sein, wenn dies § 903 BGB. nicht bestimmt hätte[155]). Dieses Recht ist nämlich nur die Kehrseite des Rechtes, andere nach Belieben von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen. Wenn der Eigentümer andere nach seinem Belieben verfahren lassen kann, dann kann er es auch selbst tun.

Die Ansicht, das Eigentum sei nur ein geschütztes Rechtsgut, wird auch am besten dem § 256 ZPO. gerecht. Eine Feststellungsklage, durch die das Eigentum festgestellt werden soll, ist nur bei bestehender Spannung möglich, denn sie muß sich gegen eine bestimmte Person richten, das Eigentum muß verletzt sein. Dann erst ist ein Rechtsverhältnis durch Verletzung des Eigentums entstanden. Man könnte die Richtigkeit dieser Auffassung bezweifeln, indem man darauf hinweist, daß eine Feststellungsklage zulässig sei, wenn ein anderer dem Eigentümer gegenüber ein Recht behauptet, das diesen zum Besitz der Sache berechtigt. Klagt der Eigentümer gegen ihn, so ist die Feststellungsklage zulässig, ohne daß durch Verletzung des Eigentums ein Anspruch entstanden ist. Der Eigentümer erlangt aber mit der Feststellungsklage alsdann Feststellung des Nichtbestehens eines schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses. Behauptet der andere Eigentum, so fehlt wegen der Eigentumsvermutung des § 1006 BGB. nach herrschender Meinung so lange das Rechtsschutzinteresse, als der Eigentümer seine Sache besitzt.

---

[152]) Pandekten, Bd. I, § 52.

[153]) Rümelin, Reden u. Aufsätze, Bd. II, S. 343; Bierling, Kritik, Bd. II, S. 228 ff.; Stammler, Wirtschaft u. Recht, S. 658; neuerdings: Gerber, Rechtsgutachten über die gewollte Tarifunfähigkeit. 1926, S. 10, 12.

[154]) Thon, Rechtsnormen u. subjekt. Recht, S. 154.

[155]) Von diesem Standpunkt aus ist auch § 641 des schweizerischen Z.G.B. verfaßt. Das Recht des Eigentümers, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren, ist dort nicht erwähnt.

Nach obiger Ansicht fehlt überhaupt ein festzustellendes Rechtsverhältnis.

Danach ist also der Begriff des Rechtsverhältnisses notwendig auf die Fälle einer rechtlichen Beziehung zwischen den Rechtsträgern zu beschränken. Nach dieser Ansicht besteht das Rechtsverhältnis nur zwischen Personen, die Sachen erscheinen nur als das Objekt rechtlicher Beziehungen. Denn unser Privatrecht erkennt sie nicht als Rechtssubjekte an[156]).

4. Das privatrechtliche Eigentum ist also nach dem Ausgeführten eine in der Zukunft liegende mögliche Rechtsbeziehung zwischen Personen, die als gleichgeordnete Untertanen einander gegenüberstehen. Wie kann nun dieses Rechtsverhältnis im öffentlichen Rechte vorkommen?

Das private und das öffentliche Recht unterscheiden sich dadurch grundlegend, daß das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis auf der Grundlage der Über- und Unterordnung, das privatrechtliche aber auf der Gleichordnung der beteiligten Rechtssubjekte aufgebaut ist. Aus diesem Unterschied ergeben sich grundsätzlich verschiedene Formen der Geltendmachung der Rechte[157]). Ist ein Anspruch privatrechtlicher Natur, so muß er grundsätzlich vor ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden. Verletzt also jemand das Eigentum, so muß der Eigentümer gegen ihn klagen. Ist ein Anspruch aber öffentlich-rechtlicher Natur, so kann die den Staat vertretende Behörde fast immer zur Selbsthilfe schreiten, z. B. es betritt jemand unbefugt einen Kasernenplatz oder eine Festungsmauer, der wachhabende Posten entfernt ihn mit Gewalt. Mag man auch das Handeln des Postens als Notwehr auffassen können, die natürliche Auffassung ist die Annahme einer öffentlich-rechtlichen Beziehung, die Ausübung der Freiheit des öffentlichen Eigentums. Bauen sich also die aus dem Eigentum entspringenden Rechte, wie in diesem Falle, auf der Grundlage der Über- und Unterordnung der beteiligten Rechtssubjekte auf, ist die Grundlage des Rechtes also öffentlich-rechtlich, so liegt ein öffentliches Eigentum vor.

5. Wie man sich nun zu den obigen Ausführungen stellen mag, eines haben sie sicher gezeigt: Wenn man selbst sagt, das Eigen-

---

[156]) Otto Mayer, a. a. O., Bd. II, S. 40.

[157]) In der neusten Rechtsprechung des Reichsgericht ist dieser Unterschied allerdings verwischt worden. Sie vollendet immer mehr die Umbildung früher zivilrechtlicher Institute in solche des öffentlichen Rechts. So erkennt das RG. vor allem die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag (RG. 108, S. 394) an. Bemerkenswert ist aber, daß das RG. trotz der Annahme eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses den Rechtsweg wegen der Ansprüche hieraus für zulässig hält, weil er nach der bei Erlaß des GVG. herrschenden Rechtsauffassung zulässig gewesen sei und durch später geläuterte Rechtsauffassung nicht geschmälert werden könne. Seine Zulässigkeit sei vom Gesetzgeber gewollt (RG. 108, 393; 106, 179; JW. 23, 79).

tum sei eine rechtliche Bedeutung zwischen Person und Sache, so muß man doch beachten, daß dies nur bildlich zu verstehen ist[158]) und in Wirklichkeit nur Rechtsbeziehungen zwischen Personen gemeint sind. Besser verwendet man aber keine Bilder. Man sieht gerade hier, daß sie zu Fehlschlüssen führen können.

6. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich weiter, daß die Sachnutzung, das Abernten der Obstbäume an der Landstraße, das Mähen des Grases am Straßenrande, keinen typisch öffentlich-rechtlichen Charakter aufzuweisen braucht[159]). Sie ist eine tatsächliche Handlung des Eigentümers, sie ist kein Rechtsverhältnis oder ein Teil eines solchen. Wird die Obstnutzung aber einem anderen überlassen, so muß hier allerdings ein dem öffentlichen Eigentum gegenüber wirksame öffentlich-rechtliche Gebrauchserlaubnis gegebenenfalls als Teil der Erfüllung eines Vertrages vorliegen[160]).

3. Macht die Annahme eines öffentlichen Besitzes die eines öffentlichen Eigentums unmöglich?

1. Wir haben bisher gesehen, daß die erhobenen Einwendungen gegen die Lehre Mayers nicht zutreffen. Wir kommen nun zu einem Einwand, der von H. Schelcher[161]) gemacht worden ist, und der als schwerwiegend angesehen werden muß. Wie wir schon oben sahen, kennt Mayer drei Erscheinungsformen öffentlich-rechtlicher Sachherrschaft des Staates: das öffentliche Eigentum, die öffentliche Dienstbarkeit und den öffentlichen Besitz. Der öffentlich-rechtliche Besitz ist wie der Besitz des bürgerlichen Rechts der regelmäßige Begleiter des öffentlichen Eigentums und der öffentlichen Dienstbarkeit[162]). Er kommt aber nur dann zu selbständiger Geltung, wenn der Verwaltung an der öffentlichen Sache weder Eigentum noch Dienstbarkeit zusteht. War z. B. das Enteignungsverfahren fehlerhaft oder war die rechtsgeschäftliche Übereignung des für den Straßenbau angekauften Grundstücks wegen mangeln der Geschäftsfähigkeit des Veräußers nichtig, so beruht die Herrschaft der Verwaltung nur auf ihrem Besitz.

Schelcher[163]) wendet nun gegen diese Lehre Mayers ein: In den Fällen, in denen der öffentlich-rechtliche Besitz die ausschließliche

---

[158]) So Lassar, Grundbegr. d. Wegerechts, S. 12; Otto Mayer, a. a. O., S. 40.

[159]) Soviel gegen Guba, a. a. O., S. 36 ff., der gerade in der Gleichheit der Nutzungsbefugnisse eine Schwäche der Lehre Mayers sieht, sie schließe die Anwendbarkeit des Zivilrechts nicht vollständig aus. Gleicher Ansicht Schelcher, F. Z. 31, 32; Havelka, a. a. O., S. 57 ff.

[160]) Otto Mayer, Verwaltungsr., 2. Aufl., Bd. II, § 35, Anm. 24.

[161]) F. Z. Bd. 31, S. 30 ff.; Friedrichs in Gruchot 62, 473 sagt von diesem Grund Schelchers, daß er bisher die einzig brauchbare Widerlegung der Lehre vom öffentlichen Eigentum sei (a. a. O., S. 456).

[162]) Otto Mayer, II, S. 49.

[163]) F. Z. 31, S. 32 ff., 36.

rechtliche Grundlage für die Verwaltung bilde, enthalte er alle öffentlich-rechtlichen Befugnisse. Wenn nun aber der öffentliche Besitz der Verwaltung schon alle Befugnisse verleihe, so könne sie dieselben Befugnisse nicht immer noch einmal aus dem öffentlichen Eigentum oder der öffentlichen Dienstbarkeit ableiten. Was also das öffentliche Eigentum und die öffentliche Dienstbarkeit noch an weiteren Befugnissen enthalte (Obstnutzung), sei privatrechtlicher Natur, da alle öffentlich-rechtlichen Befugnisse schon im öffentlichen Besitz enthalten seien. Da das Privateigentum mit dem öffentlichen Besitz zum öffentlichen Eigentum vereinigt werde, liege dem Rechtsinstitut des öffentlichen Eigentums in Wahrheit eine unzulässige Vermischung privaten und öffentlichen Rechts zugrunde. Deshalb soll die Lehre Mayers abzulehnen sein[164]). Wenn also auch der öffentlich-rechtliche Besitz eine wohl mögliche Konstruktion sei, so sei doch das öffentliche Eigentum nicht haltbar.

Schelcher, von dessen Ausführungen Friedrichs sagt, sie seien die erste eingehende und gute Widerlegung der Ansicht Mayers, hat nun zwar auf Grund „seiner Erfahrungen in der Praxis" offen bekannt, daß er die Ansicht Mayers für richtig halte[165]). Seinem früheren Einwand hat Schelcher folgerichtig dadurch zu begegnen gesucht[166]), daß er den Nachweis zu führen suchte, daß die Nutzungen der öffentlichen Sache wie das Abernten der Obstbäume zu den öffentlich-rechtlichen Befugnissen des Staates gehören[167]). Ich halte zwar diese Argumentation für eine klare Entgegnung auf den früheren Einwand, öffentliches Recht und bürgerliches Recht würden von Mayer nicht genügend unterschieden, aber trotz ihrer Klarheit führt sie zu neuen Schwierigkeiten. Ist diese Befugnis öffentlich-rechtlicher Natur, so gehört auch sie im Sinne des früheren Einwandes zur öffentlich-rechtlichen Herrschaft tatsächlicher Art, dem öffentlichen Besitz. Dann aber bleibt für das öffentlich-rechtliche Eigentum nichts übrig, was nicht auch schon Inhalt des öffentlichen Besitzes ist. Öffentliches Eigentum und öffentlicher Besitz scheinen dann inhaltsgleich zu sein.

Trotzdem führt dieser Gedanke Schelchers auf den richtigen Weg. Er ist nämlich an sich haltbar. Hinzuzufügen ist nur, daß sich öffentliches Eigentum und öffentlicher Besitz wie Eigentum und unmittelbarer Besitz des bürgerlichen Rechts nur durch die Art ihrer Wirksamkeit unterscheiden, und das Abernten der Sachfrüchte einer öffentlichen Sache weder privatrechtliche noch öffentlich-rechtliche

---

[164]) Schelcher, F. Z. 31, S. 40.

[165]) Schelcher, F. Z. 48, S. 345, Anm. 1.

[166]) Schelcher, F. Z. 48, S. 376 ff.

[167]) Guba, a. a. O., S. 36 ff.; Schelcher, F. Z. 48, S. 376. Otto Mayer selbst bezeichnet ihn in der 3. Aufl., S. 65 unzutreffend als einen privatrechtlichen Bestandteil.

Rechtsbeziehung ist, daß es vielmehr rechtlich völlig indifferent bleibt[168]).

Da die Analogie zum Privatrecht auch der Lehre Mayers zugrunde liegt, ist sie unangreifbare Grundlage des erhobenen Einwandes, wird sie aber richtig durchgeführt, so ergibt sie auch, daß die früher erhobenen Bedenken Schelchers nicht zutreffen.

2. Das Ergebnis der Darlegung auf S. 43—48 war folgendes: Das Eigentum des bürgerlichen Rechts kann nicht als Rechtsverhältnis angesehen werden, weil Beziehungen zwischen Personen und Sachen keine Rechtsverhältnisse sind. Solange durch Verletzung des Eigentums Ansprüche, also Rechtsverhältnisse von Person zu Person noch nicht entstanden sind, ist das Eigentum des bürgerlichen Rechts vielmehr nur ein rechtlich geschütztes Rechtsgut. Von diesem Standpunkte aus kommt dann als rechtlicher Bestandteil seines Inhalts nur die Befugnis in Betracht, andere Personen von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschließen; das Ziehen der Nutzungen durch den Eigentümer (das Recht, mit der Sache nach Belieben zu verfahren) aber ist rechtlich indifferent (S. 48).

Das Eigentum des bürgerlichen Rechts gibt dem Eigentümer nun die Möglichkeit, seine Sache d a u e r n d für sich zu haben. Der unmittelbare Besitz, der nach der Auffassung Mayers allein zur Übernahme geeignet ist, ist eine Zusammenfassung derjenigen Befugnisse, die der Inhaber einer Sache daraus herleiten kann, daß er die Sache tatsächlich hat. Bei Verlust der Sache knüpft das BGB. an beide Tatbestände, Eigentum wie Besitz, Ansprüche, die den Besitz der verlorenen Sache wieder verschaffen, Rückgabepflicht ist ihr Ziel. Es ist also möglich, daß Besitz und Eigentum im bürgerlichen Recht zu den gleichen Folgen führen können (§§ 985, 862, 1007 BGB). Die Folgen des Besitzes brauchen sich also nicht naturnotwendig quantitativ von denen des Eigentums zu unterscheiden. Die Herausgabepflicht und Schadensersatzpflicht, der einzige Bestandteil des bürgerlichen Eigentums, der ein Rechtsverhältnis von Person zu Person auf dem Boden der Gleichordnung ist, kann auch Folge des Besitzes sein, ohne daß dadurch die Herausgabepflicht auf Grund des Eigentums logisch unmöglich würde. Stützt der Kläger im bürgerlichen Rechtsstreit seine Rechtsbefugnisse nur auf Besitz und hat er keinen anderen Rechtstitel, so kann er durch Klage seinen Besitz regelmäßig nur auf kurze Zeit behaupten. Er hat dann nur Ansprüche aus verbotener Eigenmacht (§§ 859, 862 BGB.), letzten Endes aber ist der Eigentümer oder ein sonst Berechtigter doch immer Sieger.

3. So ist es auch im Verwaltungsrecht. Auch der öffentliche Besitz unterscheidet sich vom öffentlichen Eigentum nur durch die Art

[168]) Vgl. Anm. 167.

seiner Wirksamkeit. Auf ihr öffentliches Recht kann sich die Verwaltung dauernd berufen, auf ihren öffentlichen Besitz dagegen nur vorübergehend, etwa bis zur Durchführung eines angängigen Enteignungsverfahrens[169]). Der öffentliche Besitz bildet nur auf kurze Zeit eine Rechtsgrundlage für die Tätigkeit der Verwaltung, das öffentliche Eigentum dagegen schließt grundsätzlich jedes andere Recht für alle Zukunft aus. Man wird sich nun fragen, warum überhaupt eine solche Unterscheidung im öffentlichen Sachenrecht gemacht wird, die Verwaltung verfügt doch einfach, ihre Verfügungen sind doch regelmäßig unanfechtbar. Wem gegenüber soll sich dann die Verwaltung auf ihren Besitz oder ihr Eigentum berufen? Offenbar gegenüber dem Untertan, der gegen ihre Verfügung nicht angehen kann. Würde man aber daraus, daß sich die Verwaltung gegenüber dem Untertan auf ihre Berechtigung zu berufen habe, Bedenken gegen die Unterscheidung von öffentlichem Besitz und öffentlichem Eigentum herleiten, die Unterscheidung selbst für unpraktisch halten, so würde man fehl schließen. Die Unterscheidung hat trotzdem praktische Bedeutung. Man muß nämlich beachten, daß auch die in der Verwaltung tätigen Beamten an das Recht gebunden sind und wie der Richter das Recht zu wahren und durchzuführen haben. Da jeder Beamter für die Gesetzmäßigkeit und Rechtsmäßigkeit seiner Amtshandlungen selbst verantwortlich ist, ist es sehr von Bedeutung, ob die durch ihn vertretene Körperschaft trotz der Mängel des durchgeführten Enteignungsverfahrens nur vorübergehend Verwaltungsbefugnisse am öffentlichen Weg hat.

Außerdem hat der öffentliche Besitz auch noch eine weitere Bedeutung, die übrigens auch dem bürgerlichrechtlichen Besitz zukommt. Es ist nicht immer sofort möglich, das Eigentum der Verwaltung festzustellen. In diesen Fällen bewirkt der Besitz der Verwaltung die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsakte, auch wenn sich später herausstellt, daß das Wegegrundstück einem Untertan zu Eigentum gehört. Der öffentliche Besitz gelangt also neben dem öffentlichen Eigentum zu selbständiger Bedeutung.

Der Einwand Schelchers ist also nicht durchschlagend. Die Analogie zum bürgerlichen Recht durchgeführt, ergibt, daß die gleichen Befugnisse der Verwaltung aus dem öffentlichen Besitz und aus dem öffentlichen Eigentum für den Augenblick, nicht aber für die Dauer abgeleitet werden können, durch die Gleichheit der Befugnisse wird eines der Rechtsinstitute nicht unmöglich und auch nicht überflüssig. Damit aber ist den weiteren Folgerungen Schelchers die Grundlage entzogen, sie sind als unhaltbar dargetan; insbesondere kann keine Rede davon sein, daß das öffentliche Eigentum eine Vermischung von öffentlichem Besitz und privatem Eigentum enthalte.

---

[169]) O. Mayer, a. a. O., Bd. II, S. 49.

Es sei hier auch noch darauf hingewiesen, daß sich später ergeben wird, daß ein öffentliches Eigentum ohne öffentlichen Besitz bestehen kann, daß also das öffentliche Eigentum neben dem öffentlichen Besitz und unabhängig von ihm Bedeutung hat.

4. Das öffentliche Eigentum und das positive Recht.

Die bisherigen Erörterungen haben zu dem Ergebnis geführt, daß die Lehre Mayers durch die erhobenen dogmatischen Bedenken nicht erschüttert werden kann. Diese haben sich vielmehr als unbegründet erwiesen. Man hat außerdem aber auch darauf hingewiesen, daß die Lehre mit geltenden Bestimmungen des Reichs- und Landesrechts nicht in Einklang zu bringen sei.

1. Lassar hat behauptet[170]), daß die öffentlichen Sachen deshalb im bürgerlichen Eigentum stehen müßten, weil dies durch die §§ 90, 903 BGB. bestimmt sei. Wenn man nämlich den Sachbegriff des § 90 in den § 903 einfüge, so ergebe sich aus dem Wortlaut, daß alle Sachen bürgerliches Eigentum seien. Dieser Schluß ist jedoch ungerechtfertigt[171]).

Es ist zwar richtig, daß § 90 BGB. als „begriffentwickelnde“[172]) Norm in alle Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs einzusetzen ist. Als Inhalt des § 903 ergibt sich dann aber nur: Der Eigentümer eines körperlichen Gegenstandes kann mit ihm nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Damit ist aber noch nicht bestimmt, daß jeder körperliche Gegenstand auch einen bürgerlichen Eigentümer haben muß. Man denke nur an die herrlosen Sachen.

Wenn nun der Wortlaut des § 903 selbst den Schluß zulassen sollte, daß, wenn eine Sache überhaupt in Eigentum steht, der Eigentümer dann bürgerlichrechtlicher Eigentümer sein müsse, so würde doch der Wortlaut des § 903 diesen Schluß nur insoweit rechtfertigen, als er anwendbar ist. Nach Art. 55 EG.BGB. sind frühere landesrechtliche Normen grundsätzlich nur dann außer Kraft getreten, wenn sie privatrechtliche Rechtsverhältnisse regelten. Wenn nun aber — und das behauptet ja gerade Otto Mayer — das Eigentum an den öffentlichen Sachen eine Sachherrschaft des öffentlichen Rechtes ist, so sind diese öffentlich-rechtlichen Bestimmungen unberührt geblieben. Deshalb sind auch, wie bisher nicht bezweifelt wurde, die landesrechtlichen Vorschriften über das gemeine Eigentum des allgemeinen Landrechts, wie auch die über das domaine public des badischen Landrechts und des code civile von den § 903, 90 BGB. unberührt geblieben.

---

[170]) Grundbegriffe des preuß. Wegerechts, S. 32; Biermann, Öffentliche Sachen, S. 35 f.
[171]) Vgl. Otto Mayer, Arch. f. öff. Recht, Bd. 40, S. 384.
[172]) Lassar, a. a. O., S. 32.

Diese Auffassung wird auch von den Verfassern der Motive zum BGB. geteilt. In Bd. III, S. 25 ff., insbesondere S. 27, wird dort ausgeführt: „Grundsätzlich ist jede Sache Gegenstand der sachenrechtlichen Rechte. Eine allgemeine Vorschrift dieses Inhalts war deshalb entbehrlich, weil die Ausnahmen von dieser Regel sämtlich dem öffentlichen Recht angehören." Alsdann folgt in den Motiven eine Aufzählung dieser Ausnahmen: „Extra commercium waren die res divini iuris und die dem Gemeingebrauch gewidmeten Sachen (res publicae), namentlich die öffentlichen Flüsse, Straßen und Plätze. Die Stellung dieser Sachen ist heute im gemeinen Recht nichts weniger als zweifellos. Im allgemeinen scheint die Ansicht zu überwiegen, daß das Eigentum an den res publicae dem Staate oder einem Gemeindeverband zustehe.

Soweit es sich nun um Verhältnisse des öffentlichen Rechts handelt, m u ß die Ordnung derselben dem Bundesstaat verbleiben, für die Reichsgesetzgebung kann es aus Anlaß der gegenwärtigen Kodifikation nur darauf ankommen, die Tragweite der landesrechtlichen Normen gegenüber dem BGB. abzugrenzen."

Aus den Motiven ergibt sich also, daß das öffentliche Recht durch die Kodifikation des bürgerlichen Rechts unberührt bleiben sollte. Diese Absicht des Gesetzgebers hat in Art. 55 EG.BGB. klaren Ausdruck gefunden. Daß Art. 55 in diesem Sinne zu verstehen ist, ergibt sich daraus, daß er die Vorschrift des Art. 4, Abs. I Z. 13 der aRV. auf die Kodifikation des bürgerlichen Rechts anwendet. Hätte der Reichsgesetzgeber im § 903 BGB. auch das öffentliche Eigentum beseitigt, (seine Absicht war es nicht), so hätte er seine Zuständigkeit überschritten. Diese Überschreitung der Kompetenz mag vielleicht auch die Gültigkeit des § 903 nicht beeinflussen, für die Auslegung des § 903 aber ist sie wichtig. Daraus, daß die Motive eine solche Überschreitung der Zuständigkeit ausdrücklich ablehnen, ergibt sich, daß nicht alle Sachen unbedingt im Privateigentum stehen müssen und daß sie nicht in einem anderen Herrschaftsrecht des öffentlichen Rechts stehen können.

Abgesehen davon, daß § 903 BGB. das öffentliche Eigentum nicht beseitigt hat, hätte auch durch jede beliebige Fassung des § 903 dieses Ziel nicht erreicht werden können. Wie wir sahen, beruhen die aus dem öffentlichen Eigentum herzuleitenden Rechtsverhältnisse auf der dem öffentlichen Recht eigenen Über- und Unterordnung der beteiligten Subjekte und der darauf zurückzuführenden Möglichkeit, grundsätzlich durch Selbsthilfe das Recht zu wahren. Nur durch Beseitigung dieses öffentlich-rechtlichen Charakters hätte man das öffentliche Eigentum abschaffen können.

2. Auch der zweite Grund Lassars vermag das öffentliche Eigentum nicht zu erschüttern. Lassar behauptet, auch § 911 BGB. lasse auf eine Ablehnung der Lehre Mayers schließen[173]), weil § 911 sonst

[173]) Lassar, Grundbegriffe d. Wegerechts, S. 32.

überflüssig sei. Es ist klar, daß Gesetze auch etwas bestimmen, was sich schon aus anderen gesetzlichen Bestimmungen ergibt. Eine klare Bestimmung ist einer Schlußfolgerung aus anderen Bestimmungen der Rechtssicherheit wegen immer vorzuziehen[174]).

3. Auch der Einwand, daß Art. 181 EG. BGB. dem öffentlichen Eigentum entgegenstehe, ist unzutreffend[175]). Art. 181 läßt nur den Inhalt zu, daß das vor 1900 entstandene Privateigentum von 1900 an nach bürgerlichem Recht zu beurteilen sei. Hätte der Reichsgesetzgeber mit dieser Bestimmung das öffentliche Eigentum beseitigt, so hätte er seine Zuständigkeit überschritten.

4. Auch aus § 90 GBO. soll sich die Unmöglichkeit eines öffentlichen Eigentums ergeben. Dadurch, daß der Buchungszwang der öffentlichen Gewässer von einer landesherrlichen Verordnung abhängig gemacht sei, habe der Reichsgesetzgeber zu verstehen gegeben, daß die öffentlichen Wasserläufe grundsätzlich dem bürgerlichen Recht nicht entzogen seien[176]).

Dieser Ansicht kann jedoch im Einklang mit der Rechtssprechung nicht beigetreten werden. Als die Grundbuchordnung erlassen wurde, standen z. B. in Preußen die Flüsse im sog. gemeinen Eigentum des Staates. Die preußische Praxis hat die dafür in Betracht kommenden Bestimmungen des ALR[177]) dahin ausgelegt, daß sie annahm, ein Privateigentum des Staates an den öffentlichen Flüssen bestehe nicht; vielmehr hat sie das gemeine Eigentum trotz § 90 GBO. als ein anders geartetes und nicht privatrechtliches Eigentum behandelt[178]). Da nun der Reichsgesetzgeber ohne Überschreitung seiner Zuständigkeit nur bestimmen konnte, daß das bürgerliche Eigentum des Staates einzutragen sei, nahm die Praxis des preußischen Rechts an, daß die Eintragung des gemeinen Eigentums schlechthin unzulässig sei. Eine Eintragungsmöglichkeit bestand auch ohne die nach § 90 GBO. zulässige Verordnung des Landesherrn nicht[179]). Daraus ergibt sich als herrschende und auch richtige Auffassung, daß § 90 GBO. nur dann Anwendung findet, wenn Privateigentum des Staates an einer öffentlichen Sache besteht. Nach der Auffassung Mayers ist dies der Fall, wenn der Staat Anlieger eines Wasserlaufs zweiter oder dritter Ordnung ist. Nur für

---

[174]) Tatsächlich hat auch das EG. BGB. in Art. 55 die Bestimmung des Art. 4, I, Z. 13 a. R. V. wiederholt. Auch die Normierung mancher öffentlichrechtlicher Rechtsinstitute ist dort ausdrücklich dem Landesrecht vorbehalten worden, so z. B. Art. 65, 66, 67, 75, 77, 80, 83, 84 usw. Ganz klar Art. 109, 111, 132.

[175]) Ebenso Friedrichs in Gruchots Beitr. 62, S. 467.

[176]) Hatschek, Lehrb., S. 431; Biermann, Öffentliche Sachen, S. 15 Anm.

[177]) ALR. § 21. II. 14; § 38 II. 15.

[178]) E. KG. 35, S. 246; 42, S. 175; E. RG. Z. 3, S. 232; 4, S. 258; 28, S. 209; 32, S. 238; 35,, S. 237; 71, S. 65; RG. Z. in JW. 1903, 858; RG. in Gruch. 52, S. 1216; Güthe, GBO., II. S. 1782.

[179]) E. KG. 35, 247; 42, 175.

diese Fälle bestimmt § 90, daß der Buchungszwang beseitigt werden könne. Wenn man den § 90 in diesem Sinne versteht, so ergibt er nichts gegen die Auffassung Mayers.

Auch alle übrigen Bedenken gegen die Lehre Mayers werden sich immer widerlegen lassen, wenn sie auf reichsrechtliche Vorschriften gegründet werden. Immer wird der Gedanke entscheidend sein, daß das Reich keine verwaltungsrechtlichen Vorschriften erlassen konnte, ohne seine Zuständigkeit zu überschreiten.

5. Ein Einwand allerdings, den Friedrichs[180]) gegen die öffentlich-rechtliche Auffassung Mayers erhoben hat, scheint einer gewissen Berechtigung vielleicht nicht zu entbehren. Im Grundbuch werden die Grundstücke nur nach einer Katasternummer eingetragen, Schwierigkeiten können sich nun ergeben, wenn ein öffentlicher Weg nur einen Teil eines eingetragenen Gemeindegrundstücks in Anspruch nimmt. Durch die Widmung soll alsdann, so behauptet Friedrichs[181]), der vom Weg in Anspruch genommene Teil des Grundstücks öffentliches Eigentum der Gemeinde werden, das übrige Grundstück aber soll bürgerlich-rechtliches Eigentum bleiben.

Otto Mayer ist aber bei Durchführung seiner Lehre nicht unbedingt genötigt, diese Folgerung zu ziehen. Wenn nun eben einmal die Rechtsordnung ein solches Grundstück aus formalen Gründen als Einheit betrachtet, so folgt daraus, daß dann das Grundstück als untrennbare Einheit dem öffentlichen Zwecke dient, daß es also auch öffentliches Eigentum wird. Diese Folgerung ist vielleicht mit dem Prinzip, daß Nutzungen an öffentlichen Sachen nur durch Verleihung einer Gebrauchserlaubnis, also in den Formen des öffentlichen Rechts, erworben werden können, nicht ganz verträglich. Es scheint die Annahme vielleicht nicht gerechtfertigt, die Überlassung der Nutzungen am Restgrundstück nicht als Pachtverhältnis, sondern als Gebrauchserlaubnis zu behandeln. Trotzdem aber ist dies Bedenken nicht schwerwiegend genug, um von der Unrichtigkeit der öffentlich-rechtlichen Lehre zu überzeugen. Wenn die Lehre Mayers bisher die herrschende gewesen wäre, hätte niemand ihre Unrichtigkeit wegen dieses Einwandes behauptet, zumal man dem Einwand doch ungezwungen und meiner Ansicht nach auch ohne einen Widerspruch begegnen kann.

5. Rechtszuständigkeit mehrerer Körperschaften des öffentlichen Rechts.

In seinem Aufsatz „Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht" im Archiv f. öff. Recht (Bd. 40 S. 308) hat Friedrichs nunmehr auch dieses Bedenken nicht mehr für entscheidend gehalten; er hat vielmehr anerkannt, daß das öffentliche Eigentum eine an sich mög-

[180]) Gruchots Beitr. 62, S. 474 ff. Vgl. aber Arch. f. öff. Recht 40, S. 308.
[181]) Gruchots Beitr. 62, S. 475.

liche, mit dem geltenden Recht durchaus vereinbare Konstruktion sei. Er erkennt aber öffentliches Eigentum nur insoweit an, als das Wegeeigentum, die Wegeunterhaltungspflicht und die Wegepolizei Verwaltungsaufgaben derselben öffentlich-rechtlichen Körperschaft sind[182]). Tatsächlich muß auch zugegeben werden, daß die Gründe Mayers, nämlich die allgemeine Ablehnung der Fiskuslehre, nur insoweit die Anerkennung des öffentlichen Eigentums rechtfertigen. Die Rechtsverhältnisse eines Weges, der dem öffentlichen Verkehre dient, können immer ohne Fiskuslehre als eine öffentliche Last auf bürgerlichem Eigentum erklärt werden, wenn nicht alle Befugnisse in der Hand der Wegeeigentümerin vereinigt sind, wenn sie z. B. nicht über die Wegelast selbst verfügen kann.

Würde man aber in diesen Fällen mit Friedrichs belastetes bürgerliches Eigentum annehmen, so würde man damit eine Einteilung der öffentlichen Sachen vornehmen, die sachlich durch nichts gerechtfertigt ist. Wenn man nämlich das Bestehen öffentlichen Eigentums in dem Falle anerkennt, wo alle Befugnisse in einer Hand vereinigt sind, so gibt man damit ja zu, daß das, was man allgemein „bürgerliches" Eigentum an öffentlichen Sachen zu nennen pflegt, in Wahrheit nur aus öffentlich-rechtlichen, also hoheitlichen Beziehungen bestehe. Wenn man dies aber mit Friedrichs in einem Falle anerkennt, so sehe ich nicht ein, warum die gleiche öffentlich-rechtliche Regelung dann eine bürgerlichrechtliche sein soll, wenn die inhaltlich vollständig gleichen Befugnisse nur unter die Organe zweier Träger öffentlicher Gewalt verteilt werden. Die Wahl der hoheitlichen Organe kann doch bei Gleichheit ihrer Befugnisse und Pflichten auf den Inhalt ihrer Befugnisse keinen Einfluß gewinnen. Ihre Macht gegenüber den Untertanen bleibt nach außen hin gleich.

Unausgesprochen bestehen wohl auch für Friedrichs Bedenken dagegen, daß Mayer in diesen Fällen der Verteilung der Zuständigkeit behauptet, das öffentliche Eigentum der Gemeinden enthalte alle Befugnisse, auch Wegeunterhaltungspflicht und Wegepolizei.

1. Das System des öffentlichen Sachenrechts und die Ausgestaltung des öffentlichen Eigentums, die ihm Mayer in seinem Verwaltungsrecht gibt, sind in Anlehnung an das französische Verwaltungsrecht entstanden. Frankreich hat eine zentralistische Staatsverwaltung. So kommt es, daß auch Mayers öffentliches Eigentum offenbar auf dem Gedanken beruht, daß alle Verwaltung, die von Gemeindeorganen oder Organen anderer Selbstverwaltungskörperschaften als mittelbare Staatsverwaltung geführt wird, im Grunde genommen nur eine Vertretung des Staates durch die Gemeinden, nicht aber eine Vertretung durch deren Organe sei[183]). Eine doppelte Organschaft der Beamten der Selbstverwaltung lehnt Mayer offen-

[182]) Vgl. das Beispiel Gruch., Bd. 62, S. 472.
[183]) Otto Mayer: Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 362, insbes. dort Anm. 20, Abs. 2.

bar ab. Die Beamten der Gemeinden und der anderen Personen des öffentlichen Rechts führen die Verwaltung des übertragenen Wirkungskreises im Namen der Gemeinde usw., nicht aber im Namen des Staates.

a) Diese Auffassung vermag ich jedoch wohl auch im Einklang mit Friedrichs nicht zu teilen. Wenn der Bürgermeister die Polizeiverwaltung als Angelegenheit der Gemeinde führen würde, müßten auch die Organe der laufenden Gemeindeverwaltung einen Einfluß auf diese Zweige der mittelbaren Staatsverwaltung gewinnen. Die Polizeiverwaltung wird aber z. B. in Preußen durch Selbstverwaltungsorgane der Gemeinden nicht beeinflußt. So hat z. B. der Bürgermeister als Verwalter der Ortspolizei die Möglichkeit, aus sicherheitspolizeilichen Gründen die Gemeinde ohne Anweisung des Landrates zur Reparatur des Rathauses zu zwingen. Daraus folgt, daß die Gemeinden lediglich einen Einfluß auf die Bestellung der Organe der mittelbaren Staatsverwaltung haben, einen Einfluß auf deren Tätigkeit aber haben sie nicht.

Wenn gegen eine Verfügung eines Gemeindeorgans, etwa des Bürgermeisters in Wegepolizeisachen, der Landrat oder der Regierungspräsident auf eine Beschwerde hin tätig wird und den Bürgermeister alsdann anweist, seiner Stellungnahme entsprechend die erlassene Verfügung aufzuheben oder eine seiner Ansicht nach zutreffende Verfügung zu erlassen, so muß nach der Ansicht Mayers der Landrat hier das öffentliche Eigentum der Gemeinden ausüben oder — nach der Ansicht Friedrichs — müßte das öffentliche Eigentum der Gemeinden sich in ein bürgerlichrechtliches verwandeln. Beide Ergebnisse sind sicher nicht einleuchtend.

b) Die Selbstverwaltung unterscheidet sich von der Tätigkeit der Organe der mittelbaren Staatsverwaltung grundsätzlich. In den eigenen Angelegenheiten kann die Gemeinde z. B. von Organen der Staatsverwaltung nicht angewiesen werden. Die Aufsichtsbehörden haben lediglich den ordnungsmäßigen Gang der Geschäfte zu überwachen, nur auf Grund der Staatsaufsicht können sie in den Aufgabenkreis der Gemeinde eingreifen, und nur rechtswidrige Tätigkeit, nicht aber unpraktische, können sie verhindern. In Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises dagegen können von den Staatsorganen Anweisungen erlassen werden, die die Organe der mittelbaren Staatsverwaltung zu beachten haben[184]). Neben der Rechtsmäßigkeit können sie auch die sachliche Brauchbarkeit der erlassenen Verfügungen nachprüfen. Werden Dienstanweisungen von den untergeordneten Organen nicht befolgt, so kann die Aufsichtsbehörde nicht gegen die Gemeinde einschreiten, ihre Maßnahmen richten sich vielmehr gegen das Gemeindeorgan, das die Anweisung nicht befolgt hat. Dieses also, nicht die Gemeinde, ist Organ der mittelbaren Staatsverwaltung.

[184]) Hatschek, Lehrbuch, S. 65 f.

c) Die Organe der preußischen Selbstverwaltungskörperschaften haben also eine doppelte Stellung. Einmal sind sie Organe der Selbstverwaltung, zum andern nimmt der Staat aber auch ihre Tätigkeit in Anspruch, um eigene Aufgaben zu erfüllen. Der Bürgermeister, ein Gemeindeorgan, ist zwar in beiden Fällen tätig, innerhalb des übertragenen Wirkungskreises aber ist er Organ des Staates, d. h. seine Handlungen sind Rechtsgeschäfte des Staates, nicht aber solche der Gemeinde. Auch die Polizeigewalt des Landrats ist Staatsgewalt, nicht Kreisgewalt. Wenn der Landrat die Polizeiverwaltung der Gemeinden beaufsichtigt, wird die Tätigkeit des Bürgermeisters usw. nicht vom Kreiskommunalverband oder dessen Organen, sondern von einem Staatsorgan überwacht. Die Tätigkeit der Organe mittelbarer Staatsverwaltung muß also, wie auch schon der Name sagt, auf den Staat bezogen werden.

An diesem Ergebnis kann auch die Tatsache nichts ändern, daß die Gemeinden und andere Verbände für einen Schaden einzustehen haben, den ihr Beamter bei Ausübung der übertragenen öffentlichen Gewalt des Staates angerichtet hat. Hierbei handelt es sich nämlich nur um eine Frage gerechter Kostenverteilung, um eine Strafe für unrichtige Wahl des Organs.

2. Vom Standpunkt dieser bekämpften Auffassung Mayers aus gestalten sich nun die Rechtsverhältnisse des öffentlichen Sachenrechts, insbesondere das öffentliche Eigentum, außerordentlich einfach. Eine Verteilung der Rechtszuständigkeit kann immer dann unberücksichtigt bleiben, wenn der Rest der sachenrechtlichen Befugnisse des öffentlichen Eigentümers zu dem übertragenen Wirkungskreise der Gemeinden gehört, die Gemeindebeamten also die Wegepolizei als Auftragsangelegenheit verwalten. In Preußen ist dies fast immer der Fall.

Nach dem oben Ausgeführten kann Otto Mayer aber ein öffentliches Eigentum mit vollem Inhalt nur dann annehmen, wenn alle Befugnisse an der Sache und alle öffentlich-rechtlichen Pflichten auf denselben Träger öffentlicher Gewalt, also nur auf den Staat oder nur auf eine Körperschaft des öffentlichen Rechts bezogen werden. Nur in diesen Fällen ist die herrschende bürgerlich-rechtliche Auffassung zu der Annahme genötigt, daß das Wegeeigentum des Untertanen (Staat Preußen) zugunsten der hoheitlichen Verwaltung (Staat Preußen) belastet sei. Sobald aber eine personenmäßige Trennung dieser beiden Rechtsträger eintritt, also etwa eine Gemeinde Eigentümerin des Weges, der Staat aber als Wegeherr Träger der Polizeigewalt ist, bietet die Ablehnung der Fiskuslehre keine ausreichende Begründung des öffentlichen Eigentums. Mit einem Schein des Rechtes kann dann die Fiskuslehre sagen, das privatrechtliche Wegeeigentum der Gemeinde sei zugunsten des Staates öffentlich-rechtlich belastet.

Nur in wenigen Ausnahmefällen ist die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse aber so erfolgt, daß die Wegeherrschaft (Wegepolizei), Unterhaltungspflicht und Eigentum in der Hand eines Verbandes vereinigt sind. In Preußen ist dies z. B. für Wasserläufe erster Ordnung und teilweise für Gemeindewege[185]) bestimmt. Auch die Rechtsverhältnisse der in staatlichen Wäldern und im Domänengebiete liegenden Straßen sind ebenso geregelt[186]); auch das württembergische Verwaltungsrecht kennt Fälle, in denen öffentliche Wege im öffentlichen Eigentum des Staates stehen[187]), dem auch die Verfügung über die öffentlich-rechtliche Wegelast zusteht. Im bayerischen[188]) und im sächsischen Recht[189]) gibt es Fälle, in denen den Gemeinden alle Befugnisse zustehen. Die sog. Kommunikationswege des sächsischen Rechts können nämlich im Eigentum der Gemeinde stehen, die auch diese Wege zu unterhalten hat. Außerdem kann aber die Gemeinde als Wegeherrin auch über die öffentlich-rechtliche Wegelast verfügen[190]). Im übrigen sind diese Fälle aber selten. Meistens ist eben die Verwaltung der öffentlichen Sachen unter mehrere Verbände geteilt.

3. a) Diese Verteilung der Rechtszuständigkeit beruht nun fast immer auf Gesetz. Nur durch Gründung eines Zweckverbandes kann auch vertraglich eine solche Verteilung herbeigeführt werden. Diese führt dann zu besonders interessanten sachenrechtlichen Rechtsverhältnissen, wenn der zu gründende Zweckverband öffentlich-rechtliche Rechtsfähigkeit erwirbt. Trotz längeren Suchens habe ich nur im sächsischen[191]) und preußischen Wegerecht[192]) Fälle gefunden[193]), in denen öffentliche Eigentümer, die gleichzeitig Wegeherren, Unterhaltungspflichtige und Wegeeigentümer sind, einen

---

[185]) So in der Provinz Hannover (vgl. Germershausen, a. a. O., S. 470 und die dort Zit.).

[186]) Germershausen, a. a. O., S. 591.

[187]) Friedrichs, Gruch. Beitr. 62, S. 472; Hartmann, a. a. O., S. 566; Göz, Württemb. Staatsrecht, § 93 A.

[188]) Seydel, Bayerr. Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 364.

[189]) Kormann, F. Z. 43, S. 102/3.

[190]) Kormann, a. a. O., S. 102.

[191]) Kormann, a. a. O., S. 102 f.

[192]) In der Provinz Hannover haben die Organe der politischen Gemeinde allein darüber zu beschließen, ob ein öffentlicher Gemeindeweg eingezogen werden soll, ein privater in einen öffentlichen zu verwandeln ist. Die Gemeinde ist also Wegeherrin dieser Gemeindewege (Germershausen, a. a. O., S. 740, Anm. 11). Die gleichen Wege hat die Gemeinde aber auch zu unterhalten. Germershausen, a. a. O., S. 341. Mehrere Gemeinden können dort nun gemäß § 1 d. preuß. Zweckverbandsgesetzes vom 19. 7. 1911 (G. S., S. 115) einen rechtsfähigen Zweckverband gründen.

[193]) Der bayerische Zweckverband ist nicht rechtsfähig; der württembergische ist zwar rechtsfähiger Verband, ihm kann aber der Staat mit den ihm gehörenden Wegen nicht angehören. Auch der preußische Zweckverband ist zwar rechtsfähig, aber auch ihm kann Preußen wegen seiner Forst- u. Domänenstraßen nicht beitreten.

Zweckverband mit öffentlich-rechtlicher Rechtsfähigkeit[194]) gründen können, auf den die Rechte und Pflichten der Gründer teilweise übergehen.

Ein solcher Zweckverband hat eigene Organe, die die ihm übertragene Wegeverwaltung in seinem Namen führen. Soweit die Verwaltung der öffentlichen Wege auf den Zweckverband übergeht, werden die Gemeinden von ihren ursprünglichen Pflichten frei, ihre ursprünglichen Befugnisse verlieren sie. Während also vorher nur ein Herr dieser öffentlichen Sache vorhanden war, treten nunmehr zwei in Erscheinung. Soweit nämlich der Zweckverband Träger der „Rechte" und Pflichten der ihm angehörenden Gemeinden wird, ist auch er Herr der öffentlichen Sache.

Die hier auftretenden Rechtsverhältnisse kann Mayer nicht ohne Schwierigkeiten erklären. Während Mayer von seiner allgemeinen Staatsauffassung ausgehend, folgerichtig eine auf Gesetz beruhende Kompetenzverteilung unberücksichtigt läßt, stützt seine allgemeine Auffassung nicht als Nichtberücksichtigen einer durch Vertrag geschaffenen Verteilung der Zuständigkeit. Mayer, der ja sonst die Auffassung vertritt, der Staat, das Reich und die Gemeinden, kurz alle Gebietskörperschaften, seien keine juristischen Personen des öffentlichen Rechts, auf sie sei der allgemeine Personenbegriff nicht anwendbar, sie alle seien eine große Einheit, erkennt selbst an, daß die Zweckverbände echte juristische Personen des öffentlichen Rechts seien, weil auch sie ihre Rechtsfähigkeit staatlicher Anerkennung verdanken[195]). Nach Mayers Grundauffassung müßte die durch die Gründung eines Zweckverbandes eintretende Verteilung der Zuständigkeit eigentlich berücksichtigt werden. In seinem öffentlichen Sachenrecht berücksichtigt er sie aber nicht.

b) Befugnisse eines öffentlich-rechtlichen Besitzers sind mit der Rechtsstellung des Zweckverbandes notwendig verbunden, da die Ausübung seiner Befugnisse und die Erfüllung seiner Pflichten die öffentliche Sache selbst ergreift. Da aber daneben auch der öffentlich-rechtliche Besitz der Gemeinde erhalten bleibt, bildet nur die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Mitbesitzes die Lösung. Dieser öffentliche Mitbesitz, der sich als Beschränkung des öffentlichen Eigentums[196]) auswirken muß, hat auch eine rechtliche Grundlage. Welches Institut seine Grundlage bildet, ist in jedem Falle aus der Verbandssatzung zu entnehmen. Soweit diese ein sachenrechtliches Verhältnis auf Grund des Landesrechts entstehen läßt, die Gemeinde also von ihrer Unterhaltungspflicht befreit[197]), kann als Grundlage nur die Dienstbarkeit oder die Konzession i. S. Mayers in Frage kommen.

[194]) Sächs. OVG., Bd. 9, S. 169; Bd. 18, S. 342 ff., Preuß. Ges. v. 19. 7. 1911, § 10.
[195]) Otto Mayer, Festschr. f. Laband, 1908, Bd. I, S. 46 ff., S. 74 ff.
[196]) O. Mayer, Verw. R., Bd. II, S. 49, S. 130.
[197]) Anders Bayern, dessen Zweckverbände nicht rechtsfähig sind.

Die öffentliche Grunddienstbarkeit[198]) ist das öffentlich-rechtliche Gegenstück zur privatrechtlichen. Wie diese kennt auch sie ein herrschendes und ein dienendes Grundstück (Leinpfad: Strom- und Anliegergrundstück, Rayonservitut: Festung und Festungsgürtel). Offensichtlich kommt dieses Rechtsinstitut nicht in Frage. Es belastet nach Mayer auch nur Privateigentum[199]).

Da eine Belastung öffentlichen Eigentums vorliegt, könnte schon mit mehr Recht eine öffentlich-rechtliche Konzession angenommen werden. Mayer unterscheidet zwei Formen der Konzession: die Verleihung eines Unternehmens und die Verleihung eines besonderen Gebrauchsrechts an einer öffentlichen Sache. Nur die letztere gehört zu den sachenrechtlichen Instituten[200]). Sie begründet ein Gebrauchsrecht an einer öffentlichen Sache, Hauptfälle ihres Vorliegens sind die Genehmigung zur Anlage von Stauwehren, Wassertriebwerken, Fähren, Zeitungsbuden, Grabdenkmälern u. ä.[201]).

Die Konzession soll danach die Rechtsgrundlage für die Schaffung wirtschaftlicher und kultureller Werte bieten, denn nur selten kann das geplante Unternehmen ohne größere Aufwendungen errichtet und betrieben werden. Deshalb ist die Belastung als subjektives Recht des Untertanen ausgestaltet[202]). Zwar ist dem Untertanen nicht dadurch ein subjektives Recht verliehen, daß ihm wie dem Unternehmer[203]) öffentlich-rechtliche Rechtsfähigkeit mit verliehen wird; die Begründung des subjektiven Rechts erfolgt vielmehr dadurch, daß eine unwiderrufliche Rechtsstellung der Verwaltung gegenüber entsteht, die die öffentliche Sache teilweise in Anspruch nimmt und im Rechtswege verteidigt werden kann. Läge nun eine öffentlich-rechtliche Konzession im Falle der vertraglichen Kompetenzverteilung vor, so müßte die öffentliche Sache von einer Privatperson zu ihrem Nutzen verwaltet werden. Da man dies nicht behaupten kann, scheidet auch die Konzession i. S. Mayers als Erklärung aus.

Auch die Verleihung eines Unternehmens[204]) kommt eigentlich nicht in Frage, da sie kein sachenrechtliches, den öffentlichen

---

[198]) O. Mayer unterscheidet allerdings nicht die persönliche öffentliche Dienstbarkeit von der öffentlichen Grunddienstbarkeit. Er spricht vielmehr allgemein nur von öffentlicher Dienstbarkeit (abweichend nur Bd. II, S. 65 u. S. 108). Diese Unterscheidung erscheint an sich auch nicht gerechtfertigt, denn immer ist die öffentliche Gewalt „berechtigt", ob als personenmäßig bestimmter Eigentümer oder als Eigentümer einer öffentlichen Sache, kann schließlich einerlei sein. Die Unterscheidung ist m. E. aber mit Rücksicht darauf begründet, daß die öffentliche Grunddienstbarkeit nur zugunsten einer öffentlichen Sache besteht. In ihr kommt zum Ausdruck, daß z. B. der Leinpfad nur die bessere Benutzung d. Wasserlaufs ermöglicht.

[199]) O. Mayer, Verw. R., Bd. II, S. 108.

[200]) O. Mayer, a. a. O., Bd. II, §§ 39, 49.

[201]) O. Mayer, a. a. O., Bd. II, S. 97.

[202]) O. Mayer, a. a. O., Bd. II, S. 96.

[203]) O. Mayer, a. a. O., Bd. II, § 49.

[204]) O. Mayer, Verw. R., Bd. II, § 49.

Besitz des Zweckverbandes begleitendes Rechtsinstitut ist. Da auch andere Institute nicht in Frage kommen und da auch eine Änderung der Begriffe der öffentlichen Grunddienstbarkeit und der Verleihung nicht in Betracht kommt, ist die Verteilung der Rechtszuständigkeit des Verwaltungssachenrechts als neues Institut zu erfassen.

Der Begriff der Konzession kann mit Recht nicht auf die Fälle ausgedehnt werden, in denen die Verteilung der Rechtszuständigkeit durch Gründung eines Zweckverbandes herbeigeführt wird. Die Konzession regelt Rechtsverhältnisse, die die öffentliche Sache für private Zwecke des Berechtigten dienstbar machen. Der Rechtsträger ist Privatperson und steht zur öffentlichen Sache nicht im Verhältnis des öffentlichen Besitzers. Durch Verteilung der Zuständigkeit wird die öffentliche Sache nicht den Interessen des Berechtigten dienstbar gemacht. Grundlage dieses Rechtsinstituts ist vielmehr die Tatsache, daß der öffentliche Verband öffentliche Verwaltung zu führen hat. Es bleibt also nur die Möglichkeit übrig, den Dienstbarkeitsbegriff so auszudehnen, daß er diese Verteilung der Rechtszuständigkeit mitumfaßt. Dies erscheint deswegen angängig, weil hier wie dort öffentlicher Gewalt eine Rechtsgrundlage für ihre Sachherrschaft gegeben werden soll.

Die Abweichung von dem System Mayers würde also darin zu suchen sein, daß Mayer diese Form nur für bürgerliches Eigentum kennt, während hiernach die Dienstbarkeit auch an öffentlichem Eigentum bestehen könnte. Diese Ausdehnung scheint auch mit Rücksicht darauf geboten, daß wir schon oben genau die gleiche Erweiterung des öffentlich-rechtlichen Besitzes vorgenommen haben. Nimmt man diese Ausdehnung des Begriffs der Dienstbarkeit vor, so bleibt trotzdem eine Abgrenzung der von Mayer im § 40 behandelten Grunddienstbarkeiten von diesem Falle der Rechtszuständigkeit mehrerer Verbände erforderlich. Die der öffentlichen Verwaltung zustehende Grunddienstbarkeit begründet öffentliche Verwaltungstätigkeit an einem Zubehör einer öffentlichen Sache; der Leinpfad gehört zum Strom, der Festungsgürtel zur Festung.

Diese Form der Begründung öffentlicher Gewalt steht die Verteilung der Zuständigkeit gegenüber, die man vielleicht farblos als persönliche Dienstbarkeit bezeichnen kann. Sie begründet die sachenrechtliche Verwaltungstätigkeit eines Verbandes, während die Grunddienstbarkeit eine schon bestehende erweitert.

Wie oben erwähnt, faßt Otto Mayer diese Fälle gewillkürter Kompetenzverteilung mit der Verleihung öffentlich-rechtlicher Rechtsfähigkeit zusammen. Er vereinigt beide zum Begriff der „Verleihung eines öffentlichen Unternehmens". Dieses Institut Mayers wird auch sonst lebhaft bekämpft. Daß die darin zusammengefaßten Beziehungen in die Begründung der öffentlichen Verfügungsmacht, also die Verleihung öffentlich-rechtlicher Rechtsfähigkeit und in die davon unabhängige Sachherrschaft der be-

liehenen Körperschaft zu teilen sind, ergibt sich daraus, daß beide Teile nicht naturnotwendig miteinander verbunden werden und verbunden bleiben müssen. So wird z. B. die Reichsbahn als „öffentliches Unternehmen" rechtsfähige Gesellschaft des öffentlichen Rechts auch nach dem Jahre 1965 bleiben, obwohl ihr dann das Betriebsrecht der Reichseisenbahnen entzogen ist[205]). Die innere Begründung der obigen Ansicht und der Ablehnung der Auffassung Mayers liegt aber darin, daß die vertragliche Verteilung der Zuständigkeit ein Sachenrecht ist. Dies soll noch bewiesen werden.

Während das persönliche öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis eine obrigkeitliche gegenwärtige Beziehung zwischen Personen ist, hatten wir den Begriff des öffentlich-, sachenrechtlichen Rechtsverhältnisses, nämlich des Eigentums, dahin bestimmt, daß dieses nicht immer eine gegenwärtige Beziehung zwischen Personen sei. Vielmehr ist bewiesen worden, daß der öffentliche Eigentümer wie der bürgerliche Eigentümer nur Träger einer Rechtsstellung ist, die öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse zur Entstehung bringen kann. Rechtsverhältnisse entstehen erst durch Konflikte, in denen sich dann auch deutlich die öffentlich-rechtliche Grundstruktur des öffentlichen Eigentums zeigt.

Die beschränkten dinglichen Rechte aber weisen neben dieser Allwirksamkeit der verliehenen Rechtsstellung noch ein persönliches Rechtsverhältnis als Innenverhältnis auf[206]). Ob die durch die Gründung des Zweckverbandes herbeigeführte Verteilung der Rechtszuständigkeit ein beschränktes, dingliches, öffentlich-rechtliches Recht des Zweckverbandes begründet, hängt davon ab, ob dem Zweckverband neben der durch die Satzung geschaffenen Beziehung zwischen ihm und seinen Mitgliedern noch eine nach außen öffentlich-rechtlich geschützte Rechtsstellung verliehen ist. Dies Erfordernis ist für jeden Zweckverband begründet, der öffentlich-rechtliche Rechtsperson ist. Auf diesen gehen nämlich die Rechte und Pflichten in dem Umfang über, den die Verbandssatzung bestimmt[207]); seine eigenen Organe führen in diesem Rahmen nur im Namen des Zweckverbandes selbständig nach außen hin die Verwaltung der öffentlichen Sache. War nun die gleiche Tätigkeit Inhalt des öffentlichen Eigentums des ursprünglichen Verbandsmitgliedes, so muß sie auch eine sachenrechtliche Grundlage haben, wenn sie vollständig gleichartig auf den Zweckverband übertragen ist. Sie muß also ein Sachenrecht sein. Da daneben aber das Eigentum der Gemeinden fortbesteht, muß man die Befugnis des öffentlich-rechtlichen Zweckverbands als ein beschränktes Sachenrecht auffassen.

---

[205]) §§ 41, 42 d. Reichsbahngesetzes v. 30. 8. 1924.

[206]) Für das bürgerliche Recht ebenso z. B. Wolff, Sachenrecht, § 117.

[207]) Hue de Grais, 23. Aufl., S. 145.

Daß auf den Zweckverband nur sachenrechtliche Befugnisse der Gemeinden übertragen werden, ersieht man daraus, daß z. B. der Zweckverband die Regelung des Verkehres auf den öffentlichen Wegen nicht übernehmen kann, er also keine sicherheitspolizeilichen Verwaltungsaufgaben erfüllt.

4. Die bisher besprochenen Fälle vertraglicher Verteilung der Zuständigkeit haben allerdings keine größere praktische Bedeutung. Die ihrer Behandlung zugrunde liegende Denkweise gewinnt aber weitaus größere Verwertbarkeit, wenn man sie auch der Erfassung der auf Gesetz beruhenden Verteilung der Rechtszuständigkeit zugrunde legt. Wir finden dann nämlich einen Weg, dem Einwand zu begegnen, daß die Lehre Mayers die Kompetenzverteilung nicht berücksichtige.

Wenn man die Lehre vom öffentlichen Eigentum einmal anerkannt und eine Berücksichtigung der Verteilung der Zuständigkeit für notwendig erachtet, so kann man nicht umhin, auch im Falle der Verteilung der Zuständigkeit alle Rechtsverhältnisse als öffentlichrechtliche zu behandeln, wenn nur das Eigentum an der öffentlichen Sache einem Träger öffentlicher Gewalt zusteht. Die Beteiligung eines zweiten Verbandes des öffentlichen Rechts an der Erfüllung der Aufgaben der Verwaltung kann den Charakter der entstehenden Rechtsverhältnisse nicht ändern; da nur Träger öffentlicher Gewalt beteiligt bleiben und diese als Obrigkeit auftreten, müssen alle Rechtsbeziehungen öffentlich-rechtlicher Natur sein. Wenn auch den Ausführungen Friedrichs[208]) die gegenteilige Auffassung zugrunde zu liegen scheint, so kann diese doch m. E. nicht zutreffen. Wenn der öffentliche Eigentümer als Hoheit auftritt, soweit es sich um Fälle handelt, in denen er alle Befugnisse in seiner Hand vereinigt, so muß er doch ebenso als öffentliche Gewalt handeln, wenn er infolge besonderer Umstände oder auf Grund des Gesetzes den Weg oder Wasserlauf etwa nicht zu unterhalten hat. Denn das Fehlen der Unterhaltungspflicht kann wohl mit Recht keinen Einfluß darauf haben, ob er Nutzungen als Inhaber öffentlicher Gewalt verleiht. Bejaht man auch nur in einem Falle die Richtigkeit des öffentlichen Eigentums deswegen, weil die Beziehungen des Eigentümers öffentlich-rechtlicher Natur seien, so muß man dies folgerichtig in allen Fällen tun. Ergeben sich Unstimmigkeiten, so muß man diese im Aufbau der Lehre Mayers suchen, insbesondere im System des öffentlichen Sachenrechts[209]).

Man muß sich nun allerdings daran gewöhnen, das Abschieben der Unterhaltungspflicht, also eine Entlastung des öffentlichen Eigentümers, als Belastung seines Eigentums zu bezeichnen; und man muß weiter auch anerkennen, daß man Rechte verschiedener Per-

---

[208]) Gruchots Beitr. 62, S. 472; deutlicher noch Arch. f. öff. Recht 40, S. 309.

[209]) Dieser Gedanke hat mich bei den obigen Ausführungen geleitet.

sonen des öffentlichen Rechts unter einem einheitlichen Gesichtspunkt deshalb erfaßt, weil sie beim Zusammentreffen vereinigt werden müssen, man darf sich auch nicht daran stoßen, daß die genannten Sachenrechte nicht immer die Tendenz haben, sich in der Hand einer Person zu vereinigen.

5. Fassen wir den oben vertretenen Standpunkt nun zusammen, so ist folgendes festzustellen: Wenn eine öffentliche Sache im Eigentum des Staates oder einer anderen Körperschaft des öffentlichen Rechts steht, so ist dieses Eigentum ein öffentliches i. S. Mayers. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Verband, dem diese sachenrechtlichen Rechte zukommen, nicht alle Befugnisse des öffentlichen Eigentümers in seiner Hand vereinigt. Ein öffentliches Eigentum ist immer dann begründet, wenn der Verband Träger der nicht verteilten öffentlich-rechtlichen Befugnisse ist. Der zweite Verband, dem ein begrenzter Kreis von sachenrechtlichen Befugnissen eines Eigentümers zusteht, ist alsdann auch sachenrechtlich an der öffentlichen Sache berechtigt. Seine öffentlich-rechtliche persönliche Dienstbarkeit, die seine Sachgewalt begründet, kann grundsätzlich jede zum Eigentum gehörende Befugnis enthalten, normalerweise hat sie aber zum Inhalt

1. die sog. Wegeunterhaltungspflicht. Diese ist häufig auch auf Grund Vertrages auf rechtsfähige Wegebauzweckverbände übertragen.

2. Kann aber auch die sog. Wegeherrschaft in dieser Rechtsform übertragen sein. Unter Wegeherrschaft ist der Teil der Wegepolizei zu verstehen, der inhaltlich nicht Sicherheitspolizei ist. Zur sog. Wegeherrschaft gehören folgende Befugnisse:

a) den öffentlichen Weg einzuziehen, also über die sog. Wegelast zu verfügen, sie nämlich aufzuheben oder zu verändern.

b) einen Weg zum öffentlichen zu machen, ihn also aufzulassen, die sog. öffentliche Wegelast einseitig zu begründen und

c) einen Weg durch sog. Inanspruchnahmeverfügung als öffentlichen in Anspruch zu nehmen.

Diese Wegeherrschaft wird teils von den Gemeinden allein[210]), teils auch von den Gemeinden unter Mitwirkung des Staates[211]), teils vom Staat allein ausgeübt.

---

6. Diese so veränderte öffentlich-rechtliche Auffassung wie auch die von Mayer vertretene Lehre vom öffentlichen Eigentum sind der bürgerlich-rechtlichen Auffassung gegenüberzustellen. Die letztere auf der Fiskuslehre beruhende Ansicht ist insoweit indiskutabel, als ihre Vertreter die Folgerungen der Fiskuslehre nicht auf allen Gebieten des Verwaltungsrechtes ziehen. Für die Richtigkeit

---

[210]) Germershausen, a. a. O., S. 740; Kormann, F. Z. 43, S. 103.
[211]) Germershausen, a. a. O., S. 675.

der Lehre vom öffentlichen Eigentum können in der Hauptsache nur dogmatische Gründe ins Feld geführt werden. Diese sind auch die wichtigsten.

Mit der allgemeinen Ablehnung der Fiskuslehre kann man die Richtigkeit der Auffassung Mayers nicht begründen, wenn sie ihre Berechtigung gegenüber der Ansicht Kormanns[212]) und Friedrichs[213]) beweisen will. Gerade diesen gegenüber muß sie ihre Richtigkeit daraus herleiten, daß sie allein es ermöglicht, einem einheitlichen Polizeibegriff näher zu kommen.

Die Polizeigewalt wirkt sich an öffentlichen Sachen in zwei Formen aus. Reine Sicherheitspolizei i. S. des preußischen Verwaltungsrechts ist nur die Verkehrspolizei, die den Verkehr auf den öffentlichen Wegen und Wasserstraßen regelt. Nach herrschender und zutreffender Ansicht sind die Voraussetzungen des Einschreitens der Verkehrspolizei nach § 10. II. 17 ALR. zu bestimmen[214]). Neben dieser Verkehrspolizei kennen die Wegegesetze Preußens u. a. aber auch noch die Wegepolizei im engeren Sinne, die teils von anderen für Angelegenheiten der Verkehrspolizei nicht zuständigen Organen verwaltet wird. Die Wegepolizeibehörde hat regelmäßig das Recht und die Pflicht, die für die Erhaltung, Herstellung und Einziehung nötigen Maßnahmen zu treffen. Diese Maßnahmen haben mit der sicherheitspolizeilichen Überwachung des Verkehres nichts zu tun[215]), deshalb scheidet auch Otto Mayer diesen Teil der Wegepolizei aus dem Wegepolizeibegriff aus und faßt ihn als Teil der Befugnisse des öffentlichen Eigentümers, nämlich als sog. Wegeherrschaft, auf. Hierdurch aber wird die eigentliche Wegepolizei wie auch die übrigen Zweige der Polizeiverwaltung reine Sicherheitspolizei.

Damit aber der volle Beweis der Richtigkeit der öffentlich-rechtlichen Auffassung erbracht werden kann, muß auch noch darauf eingegangen werden, inwiefern sich die bisher nur allgemein als richtig bewiesene Behauptung, es bestehe öffentliches Eigentum an den öffentlichen Sachen, den Wegen, Strömen usw. in der Ausgestaltung der einzelnen Landesrechte bewährt.

Die Vertreter der bürgerlichrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Auffassung sind darüber einig, daß die Wegeunterhaltungspflicht und auch die sog. Wegeherrschaft oder Wegepolizei nur öffentlich-rechtliche Bestandteile enthält. Damit also die Richtigkeit der öffentlich-rechtlichen Auffassung bewiesen wird, muß neben den bisherigen allgemeinen Erwägungen auch der Nachweis geführt werden, daß das sog. bürgerliche Eigentum des Staates an den Wegen und Wasserläufen usw. Bestandteile enthält, die dem bür-

---

[212]) Vgl. oben S. 25 f.
[213]) Vgl. oben S. 55 ff.
[214]) Germershausen, a. a. O., S. 597.
[215]) Hatschek, Lehrb. § 57, III, S. 438.

gerlichen Eigentumsbegriff nicht entsprechen und die ihren Grund in der öffentlich-rechtlichen Struktur dieses sog. bürgerlichen Eigentums haben. Dieser Nachweis soll an Hand der deutschen Wasserrechte geführt werden.

C. Das öffentliche Eigentum in den einzelnen Wasserrechten.

Die unbedingte Notwendigkeit eines starken staatlichen Einflusses auf die Benutzung des für die gesamte Volkswirtschaft, den Verkehr, den Handel, die Landwirtschaft und Industrie so wichtigen Gutes hat in allen Staaten dazu geführt, dem staatlichen Eigentum an den Wasserläufen ein soziales und nicht ein individualistisches Gepräge zu geben[216]).

Wenn der Staat das Eigentum an den Wasserstraßen in Anspruch nimmt, so tut er dies nicht, um sich eine Einnahmequelle zu verschaffen[217]). Er will dadurch nicht etwa die Möglichkeit haben, für die Verleihung von Nutzungsrechten ein Entgelt zu fordern[218]).

Hauptsächlich die schiffbaren Ströme, in beinahe ebenso weitgehendem Maße aber auch die kleineren Flüsse, sind mit dem Fortschreiten der Technik immer mehr ein Gut der Gesamtheit geworden, das nicht privater Willkür überlassen werden kann. Die Interessen der Beteiligten, der Landwirtschaft, der Wasserkraftanlagen und deren Stromabnehmer, können gegenüber den einzelnen Anliegern am besten geschützt werden, wenn der Staat sich selbst das Eigentum an den Wasserläufen vorbehält. Deshalb treten auch die Finanzinteressen des Staates an den öffentlichen Flüssen ganz in den Hintergrund. Sein Eigentum dient nur dem zweckmäßigen Ausgleich der Interessen aller. Diese Aufgabe wird der Verwaltung meist noch dadurch erleichtert, daß teils ein besonderes Verwaltungsverfahren für den Schutz des Eigentums der öffentlich-rechtlichen Körperschaften eingeführt ist, teils aber auch dadurch, daß ihre Verfügungen mit Vollstreckbarkeit ausgestattet werden.

Die Hilfsmittel zur Durchführung dieser sozialen Aufgaben würde das Privateigentum der Verwaltung nur sehr unvollkommen gewähren. Überall, wo es sich um Ausnutzung eines Wasserlaufs handeln würde, wäre die Verwaltung grundsätzlich gezwungen, vor den ordentlichen Gerichten zu klagen. Tatsächlich aber wird der Rechtsschutz im allgemeinen von der Wasserpolizei gewährt; die ordentlichen Gerichte werden nur angerufen, wenn ein Untertan das Bestehen seines bürgerlichen Eigentums feststellen lassen

---

[216]) Hierin sieht H. Schelcher das Kennzeichen d. öffentlichen Eigentums; vgl. F. Z. 48, S. 387.

[217]) Anders war noch die Ansicht d. Verfassers d. preuß. ALR. Nach Trautmann, Gruch. 48, S. 330 ff., hat Suarez die öffentl. Sachen gerade als Geldquelle des Staates angesehen.

[218]) Preuß. W. G. § 54.

will[219]). Alle Gesetzgebungen, auch diejenigen, deren Verfasser anscheinend mit Genugtuung festgestellt haben, daß das bürgerliche Eigentum die Rechtsform der staatlichen Sachgewalt an den Wasserläufen sei, haben gar nicht daran gedacht, diese hier unpraktische Rechtsform der Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse zugrunde zu legen; vielmehr haben alle in der einzelnen Ausgestaltung die Folgerungen des öffentlichen Eigentums ihrer praktischen Brauchbarkeit wegen mehr oder weniger vollkommen Gesetz werden lassen.

Nur wenige Wassergesetze erkennen offen an, daß ihre Einzelbestimmungen mit dem Wesen des bürgerlichen Eigentumsbegriffs in Widerspruch stehen. So schließen das ALR.[220]), der Entwurf des badischen Wassergesetzes[221]) und die Vorarbeiten zu dem thüringischen Wassergesetz[222]) zum Teil, das württembergische Wassergesetz[223]) und das schweizerische Zivilgesetzbuch[224]) das bürgerliche Eigentum an Wasserläufen vollständig aus und erkennen teilweise das Bestehen öffentlichen Eigentums an.

Hinsichtlich der übrigen Wassergesetze fällt m. E., wie schon oben gesagt, entscheidend für die Begründung der Behauptung, auch an den Wasserläufen dieser Rechtsgebiete bestehe öffentliches Eigentum, ins Gewicht, was oben schon allgemein über die Richtigkeit der Lehre vom öffentlichen Eigentum gesagt worden ist.

Die wasserpolizeilichen Verfügungen gehören unbestritten dem öffentlichen Recht an, nur öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse können durch sie begründet werden. Sie sind auch insoweit Rechtsbeziehungen des öffentlichen Rechts, als die Verwaltungsakte den Rahmen sicherheitspolizeilicher Maßnahmen überschreiten[225]). Auch die Pflicht des Staates, der Gemeinden und der Wassergenossenschaften, die Wasserläufe in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten, ist unbestritten eine dem öffentlichen Rechte angehörende Beziehung. Da aber die privatrechtliche Lehre diese beiden Gruppen von Rechtsbeziehungen gerade als selbständige Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts ansieht und nicht als Inhalt des Eigentums betrachtet, soll im folgenden kein Gewicht auf die oben gegen diese Trennung der Rechtsbeziehungen angeführten Gründe gelegt werden. Es soll vielmehr darauf ankommen, auch den Nachweis zu

---

[219]) Vgl. unten das badische u. bayerische W. R. Der Streit über das Bestehen öffentlichen Eigentums ist nach Ansicht Mayers gleichzeitig ein Streit darüber,, ob der Untertan bürgerlicher Eigentümer der öffentlichen Sache ist. Die Entscheidung dieses Streites erfolgt gemäß § 13 GVG. durch die ordentlichen Gerichte. Mayer, Verw. R. 2, S. 68.

[220]) ALR. Teil II, Titel 14, §§ 21, 24.

[221]) § 12 Abs. I des Entwurfs. (Vgl. Schenkel, a. a. O., S. 103.)

[222]) Koettgen, a. a. O., S. 5 ff.

[223]) Art. 7 d. württemb. W. G.

[224]) Art. 664, Abs. II.

[225]) z. B. §§ 27, II, 28, 29, 39 Preuß. W. G. Sie geben der Wasserpolizeibehörde die Befugnisse, die öffentlich-rechtliche Belastung der Nachbargrundstücke und des Wasserlaufs zu verändern.

führen, daß derjenige Teil der Befugnisse des Staates, den die privatrechtliche Lehre als bürgerliches Eigentum zusammenfaßt, Bestandteile enthält, die dem bürgerlichrechtlichen Eigentumsbegriff nicht entsprechen und die ihre Grundlage im öffentlichen Recht finden.

a) Das Reichswasserrecht.

Das Streben nach Einheit, das in der Nationalversammlung zu einer wesentlichen Erweiterung der Zuständigkeit des Reiches geführt hat, hatte zum Ergebnis, daß in Art. 97 der R. V. die Übernahme der bedeutendsten Wasserstraßen durch das Reich vorgesehen wurde. In Ausführung dieser Bestimmung haben dann Reich und Länder durch Staatsvertrag vom 29. Juli 1921 vereinbart, daß alle im einzelnen festgestellten, nicht nur dem lokalen Verkehr dienenden Ströme in das Eigentum des Reiches übergehen sollten. Dieser Staatsvertrag zeigt nun so recht, welche Verwirrung noch heute im Wasserrecht herrscht. Württemberg kannte kein Eigentum an den übernommenen Wasserläufen, in Baden war man sich nicht darüber einig, ob ein öffentliches oder privatrechtliches Eigentum an ihnen anerkannt war, in den übrigen Staaten nahm man fast allgemein an, daß der Staat bürgerlicher Eigentümer der Wasserläufe sei. Diese verschiedenartigen Berechtigungen der Länder sind auf das Reich übergegangen. Das Eigentumsrecht des Reiches wäre bei folgerichtiger Durchführung der in den einzelnen Ländern herrschenden Lehre teils öffentliches, teils privates Eigentum, teils aber wäre ein Eigentum überhaupt ausgeschlossen[226]). Diese uneinheitliche Auffassung kann nicht zutreffen.

1. Auf das Bestehen eines öffentlichen Eigentums weist schon die für das bürgerliche Recht außergewöhnliche Form der Übertragung des Eigentums durch Staatsvertrag und Reichsgesetz hin. Zu einer rechtsgeschäftlichen Übereignung der Wasserläufe wäre nach bürgerlichem Recht nur erforderlich gewesen, daß sich die zuständigen Reichs- und Landesminister oder deren Bevollmächtigte formgerecht über den Übergang des Eigentums geeinigt und soweit ein Grundbuch bestand, die Eintragung der Eigentumsänderung beim Grundbuchamt beantragt hätten. Sicher haben die maßgebenden Stellen diesen gebotenen Weg nicht deshalb gemieden, weil sie befürchteten, daß die Eigentumsübertragung politische Schwierigkeiten in den Parlamenten verursachen würde. Solche Reibungen konnten nicht gut entstehen, da der Übergang der Was-

---

[226]) Interessant ist die Frage, ob Württemberg nach seinem bisherigen Wasserrecht etwas Nennenswertes übertragen hat. Alle Verwaltung der Wasserstraßen ist ihm geblieben, Nutzungen ebenfalls. Darüber hinausgehende Befugnisse des Staates kennt das württembergische Wasserrecht nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht.

serstraßen in Art. 97 vorgesehen war und unverzüglich erfolgen mußte.

Der Grund dafür, daß die Übernahme der Wasserstraßen durch ein Gesetz erfolgte, ist vielmehr lediglich in der Natur der öffentlichen Sachen zu suchen. Die Übereignung durch Einigung und Eintragung im Grundbuch wird niemals die Form der Übereignung öffentlicher Sachen werden. Einfacher, klarer und zweckmäßiger ist die Übereignung durch ein Gesetz mit nachfolgender Berichtigung des Grundbuchs. Gerade diese typisch andere Form der Eigentumsübertragung[227]) ist aber der Hinweis darauf, daß auch die Wasserstraßen im öffentlichen Eigentum des Reiches stehen.

2. Der Inhalt des staatlichen Eigentums an den übereigneten Wasserläufen ist im Staatsvertrag selbst nur negativ bestimmt. Dem Reich stehen nach diesem nämlich alle Befugnisse zu, die den Ländern nicht ausdrücklich gelassen wurden. Die Rechte der Länder sind im Staatsvertrag einzeln festgestellt; u. a. ist dort bestimmt, daß ihnen alle Nutzungen verbleiben, die sie bisher aus der Verwaltung der Wasserläufe gezogen haben und daß dafür die Wasserstraßenverwaltung einstweilen durch Landesbeamte geführt wird, die unter einer sachlich beschränkten Dienstaufsicht des Reichsverkehrsministeriums stehen.

Die Erfassung dieser Rechtslage erfolgt m. E. auch am einfachsten durch Annahme eines öffentlichen Eigentums des Reiches. Den Ländern verbleiben nur öffentlich-rechtliche, ein öffentliches Recht belastende Nutzungsrechte, die sie teils zur Erhebung von Abgaben und Gebühren, teils auch zur Verwendung der Wasserkraft für eigene Betriebe berechtigen. Diese Nutzungsrechte, die den Ländern verblieben sind, können die Natur öffentlich-rechtlicher Dienstbarkeiten haben, soweit durch sie die Ausübung öffentlicher Gewalt rechtlich begründet wird. Dies ist insoweit der Fall, als die Länder für eigene Rechnung Gebühren erheben und als sie neue Gebrauchs- und andere Nutzungsrechte verleihen können. In der Hauptsache soll aber den Ländern die Möglichkeit verschafft werden, von ihnen errichtete Kraftwerke weiter zu betreiben, obwohl ihnen früher ihrer obrigkeitlichen Stellung zufolge kein besonderes Nutzungsrecht verliehen werden konnte. Insoweit ist das durch den Staatsvertrag begründete Recht ein verliehenes Gebrauchsrecht i. S. Mayers, das auch nach dem unten S. 96 ff. erörterten Regeln zu behandeln ist.

Die Befugnis der Länder, Gebühren und Abgaben zu erheben, kann nur auf öffentlich-rechtlicher Delegation beruhen, die m. E. nur ein öffentliches Eigentum des Reiches öffentlich-rechtlich belasten kann.

---

[227]) In der gleichen Form ist die Übereignung der Reichseisenbahnen erfolgt.

Da sich der nähere Inhalt des Eigentums des Reiches und dessen Belastungen nach § 15 aber aus den Landesgesetzen ergibt, müssen weitere Gründe für das Bestehen öffentlichen Eigentums des Reiches ergänzend aus diesem entnommen werden.

b) Das preußische Wasserrecht.

Die positiv-rechtliche Ausgestaltung des preußischen Wasserrechts ist wohl vom Standpunkt der Lehre Mayers aus die interessanteste. Sie beruht nämlich auf dem am sorgfältigsten ausgearbeiteten preußischen Wassergesetz vom 7. 4. 1913, das die Bestimmungen des durch die Übernahme der Wasserstraßen notwendig gewordenen und im § 30, I des Staatsvertrags vorgesehenen Reichswasserrechts entscheidend beeinflussen wird.

1. Zu Beginn der Neuzeit lag der Entwicklung des Wasserrechts in Preußen die Auffassung zugrunde, daß dem Landesherrn ein Regalrecht an den Strömen zustehe, das die Möglichkeit bürgerlichen Eigentums ausschließe[228]). Bezeichnend ist an dieser Ansicht, daß das deutsche Privatrecht die Rechtsverhältnisse an den Strömen hoheitlich, also öffentlich-rechtlich, erfaßt hat.

Das ALR. hat in den §§ 21, 24. II. 14 im Anschluß an das mittelalterliche Recht bestimmt, daß die schiffbaren Ströme sogenanntes gemeines Eigentum des Staates sein sollten[229]). Wissenschaft und Praxis haben die Bezeichnung übernommen; zeitweise aber haben sie damit einen verschiedenen Sinn verbunden und so eine verschiedene Auslegung der Bestimmung des ALR. vorgenommen. Nur von einer Minderheit der Wissenschaft wurde die Ansicht vertreten, das gemeine Eigentum sei ein gewöhnliches bürgerliches Eigentumsrecht[230]), das vom ALR. nur irreführend gemeines Eigentum genannt werde. Diese Ansicht hat sich in der Wissenschaft nicht durchsetzen können, von den Gerichten ist sie ebenfalls nicht anerkannt worden[231]). Die Ablehnung dieser Eigentumstheorie[232]) ist wohl in der Hauptsache deshalb erfolgt, weil die besondere Bezeichnung des Eigentums auch auf eine gewollte rechtliche Verschiedenheit schließen ließ. Dies soll sich aus den Materialien er-

---

[228]) Trautmann, Gruch. Beitr. 48, S. 330 ff.

[229]) § 21. II. 14 ALR.: „Die Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Flüsse, das Ufer des Meeres und die Häfen sind ein gemeines Eigentum des Staates“ (Titel 15, Abschnitt 1, 2).

[230]) Dernburg, Preuß. Privatr. I, S. 616; Förster, Pr. Privatr. I, S. 111; Gierke, Deutsches Privatr., S. 30, Anm. 41; Rausnitz, Gruch. Beitr. 39, S. 525 ff.

[231]) Striethorst, Arch. 87, S. 320; RG. Z. 4, S. 260; 3, S. 232; 28, S. 209; 32, S. 238; 35, S. 237; 71, S. 65; Pr. Verw. Bl. 14, S. 278; S. 314, 492; J. W. 1903, 858; Gruch. Beitr. 52, S. 1216; ebenso Nieberding-Frank, S. 65; Güthe, GBO. II, S. 1782.

[232]) Moll, Verw. A. 16, S. 286.

geben, in denen Suarez[233]) ausführt, die Ströme seien unfähig, im Privateigentum zu stehen.

Die Gründe, die für die eine oder die andere Ansicht sprechen, zu erörtern, die Richtigkeit der früher in Preußen herrschenden öffentlich-rechtlichen Ansicht nachzuweisen, würde zu weit führen. Jedenfalls kann aber festgestellt werden, daß es der Rechtsentwicklung weiter Landesteile entsprochen haben würde, wenn die Verfasser des preußischen Wassergesetzes vom Standpunkt der preußischen Praxis ausgegangen wären. Außer dem Gebiet des ALR., in dem die öffentlich-rechtliche Auffassung anerkannt war, hat auch die Praxis des Rheinlandes die Bestimmungen des code civil in gleicher Weise ausgelegt. Trotzdem z. B. von Moll als einem Vertreter der privat-rechtlichen Auffassung die Forderung erhoben wurde[234]), ein öffentliches Eigentum zum Ausgang der Regelung des Wasserrechts zu machen, sind die Verfasser des preußischen Wassergesetzes bewußt von der Ansicht ausgegangen, daß das Eigentum des Staates an den Wasserläufen erster Ordnung als bürgerliches Eigentum aufzufassen sei[235]). „Im Interesse einer klaren, an die Begriffe des Bürgerlichen Gesetzbuches sich anschließenden Konstruktion" haben sie grundsätzlich ein Privateigentum an Wasserläufen anerkannt[236]). Dieser Ansicht hat sich auch die Wissenschaft fast allgemein angeschlossen[237]).

Wie das Landesrecht im übrigen unabhängig vom Reichsrecht die vorbehaltenen Rechtsgebiete gestalten kann, konnte es sein Wasserrecht auch frei und eigenartig regeln. Die offene Anerkennung der Lehre Mayers wäre also durchaus möglich gewesen. Deshalb hat auch heute die Wissenschaft noch freie Hand. Sie kann zu dem Ergebnis gelangen, daß das Wassergesetz entgegen der Absicht seiner Verfasser ein öffentliches Eigentum anerkannt habe.

2. Das Eigentum des Staates an den Wasserläufen erster Ordnung kann wie jedes öffentliche Eigentum nicht in den Formen des bürgerlichen Rechts übertragen werden. Nach dem preußischen W. G. ist es überhaupt unveräußerlich. Die Unveräußerlichkeit der Wasserläufe wird zwar von der Wissenschaft nicht anerkannt[238]), sie ergibt sich aber aus §§ 7, 9 W.G. § 7 bestimmt nämlich zwingend, daß dem Staate das Eigentum an den Wasserläufen erster Ordnung zustehe, § 9 erkennt nur eine einzige Ausnahme an. Soweit im Jahre

---

[233]) Trautmann, Gruch. Beitr., 48, S. 330 ff.
[234]) Moll, Verw. A. 16, S. 298 f., DJZ. 17, 255 ff.
[235]) Begründung, S. 13/14.
[236]) Holtz-Kreutz, a. a. O., zu § 7, S. 45 f.
[237]) Höfer, a. a. O., S. 29; RG. in L. Z. 1914, S. 185, Nr. 2; Holtz-Kreutz, a. a. O., zu § 7; Hatschek, Lehrb., S. 443; W. Schelcher, F. Z. 46, S. 393; Lueder, DJZ. 1912, 1235 f.
[238]) Holtz-Kreutz, a. a. O., § 7, Anm. 7; Lenhard-Reichau, a. a. O., § 7, Anm. 4. Sie begründen die gegenteilige Ansicht damit, daß aus der Grundstücksnatur der Wasserläufe die Veräußerlichkeit folge.

1913 Wasserläufe erster Ordnung im Eigentum anderer Personen standen und diese innerhalb der gesetzlichen Frist ihr Eigentum haben eintragen lassen, soll ihr Eigentum mit seinem bisherigen Inhalt aufrecht erhalten werden. In allen übrigen Fällen ist aber der Staat Eigentümer der Wasserläufe. Diese Ausnahme des § 9 W. G. kann rechtsgeschäftlich nicht geschaffen, das Eigentum des preußischen Staates also rechtsgeschäftlich auch nicht übertragen werden. Wohl kann es wie jedes öffentliche Eigentum im Wege der Gesetzgebung auf einen anderen Träger öffentlicher Gewalt übergehen. Dies ist durch Reichsgesetz (Staatsvertrag v. 29. 7. 21) geschehen. Diese Form der Eigentumsübertragung mußte gewählt werden, weil eine privatrechtliche Übertragung des Eigentums nicht möglich, eine Übertragung durch Verwaltungsakt aber gesetzlich nicht vorgesehen war.

3. Die Überlassung von Nutzungsrechten kann sich der bürgerliche Eigentümer bezahlen lassen. Der Staat aber muß sein Eigentum belasten (§ 47, I W. G.), er muß Dritten Nutzungsrechte verleihen und darf von ihnen kein Entgelt für die Benutzung des Wasserlaufs fordern (§ 54 W. G.). Auch für diese Belastung des Eigentums gelten vom bürgerlichen Recht abweichende Vorschriften. So wird ein subjektives Recht des Untertanen an den Wasserläufen nicht durch Eintragung einer Dienstbarkeit in das Grundbuch geschaffen, ein Nutzungsrecht erwirbt der Beliehene vielmehr nur durch die förmliche Verleihung in einem besonderen Verleihungsverfahren (§§ 46 ff. W. G.). Daneben kann der Untertan die Wasserläufe auch auf Grund einer Polizeierlaubnis für seine privaten Zwecke in Anspruch nehmen (§§ 19, I, III, 20, 23 usw.). Hierzu wird in weniger bedeutsamen Fällen durch die Wasserpolizeibehörde oder andere Instanzen formlos und unentgeltlich die Erlaubnis erteilt.

Diese Formen der Belastung des staatlichen Eigentums an Wasserläufen sind der normale Weg, ein Recht des Untertanen an ihnen zu begründen. Die Vertreter der privatrechtlichen Auffassung sehen sich nun in folgerichtiger Durchführung ihrer Ansicht gezwungen, neben der durch das Wassergesetz allein geregelten Form öffentlich-rechtlicher Belastung noch die dort nicht geregelte Form der grundbuchmäßigen Bestellung einer Dienstbarkeit zu setzen[239]). Einmal ist diese Form das Gebilde der Theorie und kommt praktisch wohl sicher nicht vor, zum anderen aber entspricht sie in den Folgen auch nicht dem Zweck des § 54 W. G. Folgerichtig nehmen die Vertreter dieser Ansicht nämlich an, die den Staat vertretenden Staatsorgane könnten für die Gewährung einer bürgerlichrechtlichen

[239]) Holtz-Kreutz, a. a. O., § 54, Anm. 2; Lenhard-Reichau, a. a. O., zu § 54. Sie vertreten diese Ansicht im Anschluß an die Erklärung d. Regierungsvertreters in der Sitzung der Kommission des Herrenhauses (Komm. B. H. H. 777; vgl. auch Sten.-Ber. H. H. 1024. Komm. B. A. H, 104 f.).

Dienstbarkeit jedes beliebige Entgelt fordern. Der Zweck des § 54 würde also auf diesem Wege vereitelt werden.

Man behauptet weiter, in gewissen einfachen und weniger wichtigen Fällen könne man durch Bestellen einer bürgerlich-rechtlichen Dienstbarkeit das kostspielige und umständliche Verleihungsverfahren umgehen. Diese Vereinfachung ist m. E. aber eine Umgehung, nicht aber eine geschickte Anwendung des Gesetzes. Sie beschränkt bedenklicherweise die sonst geltende Offenkundigkeit des Verleihungsverfahrens und schneidet der Verwaltungsbehörde die ihr sonst nach gesetzlicher Vorschrift der §§ 83 ff. W. G. zustehenden Rechte ab. Die Lehre Mayers löst die einfachen und weniger wichtigen Fälle übrigens noch einfacher, aber zweckentsprechender. Wenn Staat und Untertan einig sind und die Verleihung des Rechts niemand berührt, kann die Nutzungsbefugnis durch formlose Gebrauchserlaubnis begründet werden, alsdann wird sogar die Eintragung im Grundbuch überflüssig, die Gebrauchserlaubnis bleibt aber, wie es wirtschaftlich auch unbedingt erforderlich ist, frei widerruflich.

Wenden wir die Bestimmungen des preußischen W. G. ohne Rücksicht auf bürgerlich-rechtliche Begriffsbildung und unbefangen an, so ergibt sich, wie die obigen Beispiele wohl gezeigt haben werden, daß das Eigentum des Staates an den Wasserläufen grundsätzlich vom bürgerlichen Eigentumsbegriff abweicht. Auch sonst zeigt sich allenthalben die Veränderung der Sachherrschaft auf der Grundlage des öffentlichen Rechts, die Gleichordnung der Rechtsträger ist nicht gewahrt, der Staat steht dem beliehenen Unternehmer als Obrigkeit gegenüber.

Daß die Regelung des staatlichen Eigentums an den Wasserläufen erster Ordnung von dem bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriff erheblich abweicht, ergibt sich, wenn man die Rechtsverhältnisse an diesen Wasserläufen und an den im §§ 196 ff. W. G. geregelten privaten Gewässern vergleicht. Das Eigentum an Quellen und dem unterirdisch abfließenden Wasser ist sozial nicht beschränkt, individualistisch geregelt und daher reines bürgerlich-rechtliches Eigentum.

c) Das badische Wasserrecht.

Auch das dem französischen Recht entsprossene[240]) badische Wasserrecht hat die Lehre vom öffentlichen Eigentum inhaltlich anerkannt. Im Anschluß an den im Art. 538 des badischen Landrechts übernommenen Grundsatz des code civil, daß die öffentlichen Flüsse zur dépendance du domaine public gehören, hatte § 12, I des Entwurfs zum W. G. das Eigentum des Staates an den öffentlichen

[240]) Vgl. Art. 644/5 d. bad. LR., zu dessen Auslegung die 1833 in Frankreich entstandene Lehre vom domaine public angewendet wurde.

Flüssen auch als ein öffentliches Eigentum bezeichnet[241]). Die erste Kammer hat nun zwar den Zusatz „öffentlich" gestrichen, weil dem bürgerlichen Recht ein zweiter Eigentumsbegriff fremd sei und die Besonderheiten des staatlichen Eigentums durch die einzelnen Vorschriften bereits hinreichend gekennzeichnet seien[242]). Die Wissenschaft des badischen Wasserrechts hat sich dementsprechend auf den Standpunkt gestellt, daß die im badischen W. G. enthaltene Regelung nicht zur Annahme eines öffentlichen Eigentums berechtige[243]), eine gegenteilige Auffassung[244]) ist kaum vertreten worden.

1. Für das Eigentum des Staates an öffentlichen Flüssen (§ 1 W. G.) gelten auch hier die dem öffentlichen Eigentum entsprechenden Vorschriften. Sie weichen grundlegend von den Vorschriften ab, die die Rechtsverhältnisse der Privatgewässer der §§ 3 und 4 regeln: das Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern ist unveräußerlich, es kann auch nicht in den Formen des BGB. mit Rechten Dritter belastet werden (§ 5). Damit ist das Eigentum für immer dem bürgerlichen Rechtsverkehr entzogen. Nur öffentlichrechtlich, nämlich im Wege der Genehmigung, können Wassernutzungsrechte erworben werden, die das Eigentum des Staates an den Gewässern belasten.

Die „zuständige Verwaltungsbehörde"[245]) hat ausschließlich auch darüber zu beschließen, ob und wie weit ein Gewässer als öffentliches i. S. des § 1 zu behandeln ist[246]). Diese Zuständigkeit verleiht ihr die Macht, ihr Eigentum einseitig festzustellen, Rechtsstreitigkeiten für die Gerichte bindend zu entscheiden, die die Frage betreffen, ob der Staat oder die Gemeinde (öffentlicher) Eigentümer eines Wasserlauf ist[247]). Der Rechtsweg ist allerdings durch diese ausschließliche Entscheidungsbefugnis des Ministerium des Innern nicht ohne weiteres ausgeschlossen, er ist aber bedeutungslos. Das Gericht ist in seiner Urteilsbildung an die Vorentscheidung der Verwaltung gebunden, ist eine solche noch nicht ergangen, so hat es sie herbeizuführen[248]). Unter diesen Umständen ist der ordentliche

[241]) Schenkel, 1902, S. 103.
[242]) Komm. B. d. I. K., S. 6 b.
[243]) Schenkel, a. a. O., S. 104, § 1, Anm. 7 a; Dorner-Seng, Bad. Landesprivatrecht, S. 120 ff.; Dorner, Bad. AG. BGB., S. 130 ff.; Thoma, Arch. f. öff. R., 38, S. 321.
[244]) So nur Apelt F. Z. 47, S. 334: Er folgert das Bestehen öffentlichen Eigentums aus der geschichtlichen Entwicklung (der Nachbildung d. französischen Rechts) und der durch § 5 festgestellten Unveräußerlichkeit.
[245]) Nach § 1, Abs. V steht die Entscheidung der obersten Staatsbehörde zu, durch § 7, II, Ziff. 1 der Vollzugs-V. O. ist das Ministerium d. Innern als oberste Staatsbeh. anerkannt.
[246]) § 118 Ziff. 1 des W. G. in der Fassung v. 12. 4. 13 (früher § 108. I).
[247]) a. A.: Dorner-Seng, S. 121, Anm. 7. Wie oben Schenkel, a. a. O., 1902, S. 573 f.
[248]) Schenkel, a. a. O., 1902, S. 573. Diese Bindung der Gerichte an die Entscheidung der Verwaltungsbehörde entspricht auch der früheren badi-

Rechtsweg zur Feststellung des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern nicht mehr möglich, man kann dem Richter nicht zumuten, nur für vollstreckbar zu erklären, was die Verwaltungsbehörde entschieden hat. Deshalb wird man zweckmäßig den Rechtsweg für unzulässig erklären. Nur so kommt man zu einem praktischen Ergebnis, zu dem die Annahme eines öffentlichen Eigentums ohne weiteres führt.

Auch formell besteht keine Buchungspflicht für öffentliche Gewässer. Die gemäß § 90 GBO. in Baden unter dem 22. Oktober 1897 erlassene landesherrliche Verordnung (G. u. V. Bl. S. 307) hat bestimmt, daß die öffentlichen Flüsse nur auf Antrag einzutragen sind. Die danach bestehende Möglichkeit, nach der hier vertretenen Ansicht im öffentlichen Eigentum stehende Wasserläufe in das Grundbuch einzutragen, steht mit der Annahme öffentlichen Eigentums nicht in Widerspruch; auch auf der Grundlage der Über- und Unterordnung bestehendes Eigentum kann gebucht werden.

2. Auch die übrigen Wasserläufe, die nicht dem öffentlichen Verkehr mit Schiffen und Flößen dienen, stehen im Eigentum öffentlicher Körperschaften. Auch im § 2 W. G., der den Gemeinden das Eigentum an ihnen zuerkennt, hat die erste Kammer die Bezeichnung des Eigentums als eines öffentlichen gestrichen[240]). Das Wesen der Regelung ist aber dadurch nicht verändert worden. Auch das Eigentum der Gemeinden an diesen kleineren, aber energiereichen Flüssen zeigt einen dem Kennzeichen des öffentlichen Eigentums entsprechenden sozialen Grundzug. Es muß zum Nutzen der Anlieger von den Gemeinden verwaltet werden (§§ 17 ff.), die allerdings kein Recht auf Nutzungen haben. Außerdem unterliegt auch das Eigentum der Gemeinden der Verfügungs- und Belastungsbeschränkung, die für das öffentliche Eigentum des Staates gilt. Schließlich wird auch das öffentliche Eigentum der Gemeinden an den Wasserläufen des § 2 durch die Verwaltungsbehörde (den Bezirksrat) festgestellt[250]). Aus den oben angeführten Gründen wird daher auch zweckmäßig der Rechtsweg für unzulässig zu halten sein.

Daß ein Teil der Befugnisse, die Bestandteile des öffentlichen Eigentums sind, dem Staate zustehen, daß also die Zuständigkeit auf Staat und Gemeinden verteilt ist, steht nach den Ausführungen auf S. 55 ff. der Annahme eines öffentlichen Eigentums der Gemeinden nicht entgegen.

d) Das sächsische Wasserrecht.

Auch im sächsischen Wassergesetz vom 12. März 1909 ist die übliche Zweiteilung der Gewässer der Regelung zugrunde gelegt. Dieses unterscheidet nämlich die „Eigentumsgewässer" des § 4

---

schen Praxis; vgl. Entscheidung des Obertribunals vom 22. 10. 1859 in Ann. d. bad. Gerichte, 1862, S. 54 u. vom 14. Juli 1874, Ann. 1875, S. 50.

(Grundwasser, Quellen und abgeleitetes Wasser) von den fließenden Gewässern des § 5 (den Bächen, Flüssen und Strömen). Die Eigentumsgewässer stehen im gewöhnlichen bürgerlichen Eigentum, sie sind Bestandteile der Grundstücke, auf denen sie fließen. Die fließenden Gewässer des § 5 stehen dagegen im öffentlichen Eigentum des Staates, soweit an ihnen staatliches Eigentum überhaupt anerkannt ist. Öffentliches Eigentum des Staates sind nach § 5, III die sog. „Regalflüsse“[251]), nämlich die Elbe, die Freiberger und Zwickauer Mulde und die Weiße Elster. Zwar ist auch die Richtigkeit dieser Annahme in der sächsischen Literatur nicht allgemein anerkannt[252]), aus der vom § 4 abweichenden Regelung ergibt sie sich aber.

1. Das Eigentum des Staates an den Regalflüssen ist unveräußerlich. Nur soweit früher andere Personen Eigentum an den Regalflüssen erworben hatten, wird ihr Eigentum als Privateigentum aufrecht erhalten. Daß aber diese Ausnahme des § 5, III nicht vertraglich geschaffen werden kann, ergibt sich schon aus dem Wortlaut. Es heißt nämlich dort, daß die genannten Flüsse im Staatseigentum stehen, soweit sie nicht von anderen erworben „sind“.

2. Der Staat hat auch nach § 6 W. G., ohne Anspruch auf eine Entschädigung zu dulden, daß die Anlieger und alle diejenigen, die rechtmäßig an den Regalfluß gelangen können, diesen zu ihrem Vorteil benutzen. Dadurch ist den Anliegern ohne weiteres gestattet, zur Ausübung des Gemeingebrauchs das Wassergrundstück zu betreten oder zu befahren und polizeimäßige Anlagen zur Ausübung dieses Gemeingebrauchs dort zu unterhalten. Außerdem stehen aber den Anliegern auch weitgehende Befugnisse von erheblichem Werte zu, da schon verwaltungsmäßige Erlaubnis (§§ 23 ff. W. G.) zu wirtschaftlich wertvollen Nutzungen berechtigt[253]) (vgl. § 23 Ziff. 7 Brückenbauten). Hierin zeigt sich gerade der soziale Grundzug des staatlichen Eigentumsrechtes an den Regalflüssen. Der Staat ist Eigentümer, damit er verwaltet. Er ist nicht Eigentümer, damit er Nutzungen zieht; der angebliche Fiskus hat nicht einmal Einfluß

---

[249]) Komm.-Ber. der erst. Kammer, S. 6 b; vgl. auch Schenkel, 1902, S. 125. Im § 40, II, hat man übrigens vergessen, diesen Zusatz zu streichen, so daß dort noch von einem öffentlichen Eigentum der Gemeinden die Rede ist.

[250]) § 118, Ziff. 5 W. G. § 4 Ziff. 2 der Vollzugs-V. v. 12. 4. 1913.

[251]) Aström, a. a. O., S. 56.

[252]) W. Schelcher, Komm. zum W. G. Bd. II, S. 27. Öffentliches Eigentum nehmen nur Georgi, a. a. O., S. 119, 131 und Apelt, F. Z. 47, S. 332 ff. an. Auch Kretschmar hat sich gegen das Privateigentum ausgesprochen. Im Sächs. Arch. 1909, S. 443 sagt er: Die Ausscheidung des das Gesetz beherrschenden Prinzips sei nur eine formelle, materiell sei das Öffentlichkeitsprinzip verblieben. Auch W. Schelcher gibt in F. Z. 47, S. 392 zu, daß die ständig fließenden Gewässer nach sächsischem Recht als öffentliche i. S. Mayers behandelt werden können.

[253]) W. Schelcher, a. a. O., Bd. II, § 6, Anm. 2.

darauf, wie sein Eigentum benutzt werden soll, da die Zustimmung des Eigentümers zur Verleihung des Nutzungsrechtes nicht erfordert wird.

3. Die sinngemäße Anwendung dieser Erkenntnis, daß das sächsische Wassergesetz Bestimmungen enthält, die der Annahme eines bürgerlichen Eigentums nicht entsprechen, führt zu dem Ergebnis, daß auch im sächsischen Recht inhaltlich ein öffentliches Eigentum anerkannt ist. Daraus würde zu folgern sein, daß die Flüsse mit privaten Grundpfandrechten und privaten Dienstbarkeiten nicht belastet werden können, für deren Anerkennung besteht auch kein Bedürfnis[254]).

e) Das bayerische Wasserrecht.

Auch im bayerischen Wasserrecht tritt uns die bekannte Zweiteilung entgegen, auch dort gibt es öffentliche Gewässer und Privatgewässer. Nur die letzteren stehen nach einhelliger Ansicht aller im bürgerlichen Eigentum. Fast alle Schriftsteller, die sich mit der rechtlichen Natur des Eigentums an den öffentlichen Gewässern beschäftigt haben, stehen auf dem Standpunkt, daß das bayerische W. G. vom 23. 3. 07 in Art. 2 ein Privateigentum des Staates anerkannt habe[255]). Die Motive zum bayerischen Wassergesetz führen nämlich aus[256]), daß das Staatseigentum des Art. 2 ein Eigentum i. S. des bürgerlichen Rechts sei, seine Anerkennung führe dazu, daß die Verwaltung so am besten die Möglichkeit habe, die öffentlichen Flüsse dem öffentlichen Wohle uneingeschränkt dienstbar zu machen. Die Verfasser der Motive haben damit ihren Glauben zum Ausdruck gebracht, im bayerischen Wassergesetz sei ein reines Privateigentum anerkannt worden. Dieser Ansicht haben sich fast alle angeschlossen. Jedoch sind derartig allgemeine Regeln wie Art. 2 nur dann richtig und geltendes Recht, wenn sie im Gesetz auch allgemein durchgeführt worden sind und wenn sie den Grundlagen der Regelung entsprechen. Durch die auf eine solche Bestimmung folgenden Rechtssätze darf sich kein anderes Bild ergeben.

---

[254]) a. A.: W. Schelcher, a. a. O., § 6, Anm. 5. Die Möglichkeit privater Belastung hat m. E. keine rechtliche Bedeutung; insbes. ermöglicht sie nicht erst, wie Schelcher, a. a. O. meint, die Benutzung des Luftraums über dem Wasser und damit die des Wassers selbst. Wer im Kahn fahren darf, darf auch in den Luftraum ragen.

[255]) Reiserer, a. a. O., S. 42; Harster-Cassimir, a. a. O., Art. 2, S. 19; Kaisenberg, Eigentum an öff. Gewässern, S. 43, 45; Seydel, Bay. Staatsrecht. II, S. 390; III, S. 251; Pfleghart, Ausnutzung d. Wasserkr., S. 62; Dittmann, a. a. O., S. 5; Brenner, a. a. O., S. 32; a. A.: Feil, Das Eigentum d. öff. Gewässer, 1910, S. 70 ff., der den Eigentumsbegriff des BGB. für unanwendbar hält, und Georgi, a. a. O., S. 119, 133, der das Bestehen öffentlichen Eigentums annimmt.

[256]) Begründung d. Entw. eines W. G. f. d. Königr. Bayern, Verhdlgen d. bayer. Abg.-Kammer 1905/06 Beilagenbd. I, S. 538, 546.

Das Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern ist unveräußerlich[257]). Der Staat ist nämlich Eigentümer aller öffentlichen Gewässer, die der Flößerei und Schiffahrt dienen (Art. 1, 2 W. G.). Ausnahmen von dieser Regel läßt das W. G. nicht zu.

Nach der gesetzlichen Regelung erfolgt eine Belastung des Eigentums nur in den Formen des öffentlichen Rechts. Die Bestellung einer Privatdienstbarkeit ist im W. G. nicht vorgesehen. Da die bayerischen Wasserläufe auch regelmäßig im Grundbuch nicht gebucht sind, ist eine Belastung des Wasserlaufgrundstückes mit einer Dienstbarkeit des bürgerlichen Rechts praktisch ausgeschlossen. Sie ist auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil sie die besonderen Schutzvorschriften der Verleihung von Nutzungsrechten außer Kraft setzen würde.

Streiten sich Staat und ein Untertan um das Eigentum an einem Gewässer und nimmt es der Staat deshalb für sich in Anspruch, weil es ein öffentliches Gewässer sei, und ihm daher nach Art. 2 W. G. gehöre, so wird dieser Streit materiell durch ein Verwaltungsgericht entschieden. Allerdings ist auch dies nicht ohne weiteres aus dem Gesetz zu entnehmen. Art. 177 a W. G. bestimmt nämlich nur, daß der Streit darüber, ob ein Gewässer ein öffentliches sei, zu den Verwaltungsrechtssachen gehöre. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung steht nur außer Zweifel, daß vor dem Verwaltungsgericht selbständig ein Rechtsstreit anhängig gemacht werden kann, in dem nur die Frage entschieden wird, ob der Fluß ein öffentlicher i. S. des Art. 1 ist. Die rechtliche Bedeutung dieser Entscheidung für das ordentliche Gericht aber ist bestritten. Teilweise nimmt man an, es sei an die Verwaltungsentscheidung gebunden[258]). Daß diese Ansicht die zweckmäßigste Anwendung des Art. 177 a ist, dürfte außer Zweifel stehen. Sie allein dient der Rechtssicherheit und verhindert einander widersprechende Entscheidungen. Wird also der Zivilrichter um eine Entscheidung über die Eigentumsverhältnisse an einem öffentlichen Gewässer angegangen, so ist er an eine bereits ergangene Entscheidung des Verwaltungsgerichts gebunden, hat aber das zuständige Verwaltungsgericht eine Entscheidung über die Rechtsnatur des streitigen Gewässers noch nicht gefällt, so entsteht für die bayerische Praxis die Frage, ob das angerufene Gericht über diese Vorfrage des bürgerlichen Rechtsstreits nach eigenem Ermessen zu entscheiden hat. Auch für diesen Fall soll Art. 177 a die einheitliche Entscheidung des Streites gewährleisten und Rechtssicherheit schaffen, indem er einander widersprechende Entscheidungen verhindert. Dieses Ziel erreicht Harster-Cassimir[259]) dadurch, daß er annimmt, das ordentliche Gericht müsse den anhängigen Rechtsstreit so lange aussetzen, bis eine verwaltungsge-

---

[257]) Harster-Cassimir, a. a. O., Art. 2, Anm. 6, S. 19.
[258]) Harster-Cassimir, a. a. O., Art. 177, Anm. 3, S. 736.
[259]) a. a. O., S. 736 f.

richtliche Entscheidung ergangen sei, dies sei aus § 148 ZPO. zu entnehmen. Das Ziel ist richtig, die Begründung aber nicht haltbar. Denn diese Rechtspflicht des Gerichts ergibt sich aus § 148 ZPO. nach allgemeiner Ansicht nicht[260]). Das gewünschte Ergebnis läßt sich vom Standpunkt der privatrechtlichen Lehre wohl kaum begründen. Viel einfacher gestaltet sich die Zuständigkeit vom Standpunkte der auch aus anderen Gründen richtigen Lehre vom öffentlichen Eigentum, nach ihr ist der ordentliche Rechtsweg überhaupt ausgeschlossen. Die Verwaltungsgerichte haben den Streit über das Eigentum ausschließlich zu entscheiden[261]). Danach ist auch im bayerischen Recht die Annahme eines öffentlichen Eigentums die praktisch brauchbarste Lösung.

f) Das württembergische Wasserrecht.

Nur das württembergische Wassergesetz vom 1. 12. 1900 erkennt offen an, daß ein bürgerliches Eigentum an den Gewässern nicht angenommen werden könne. Art. 7 Satz 1 bestimmt nämlich: Das Bett der öffentlichen Gewässer (Art. 1: alle ständig fließenden) ist als ein dem öffentlichen Gebrauch dienende Sache dem Privateigentum[262]) entzogen. Durch diese Bestimmung wollten die Verfasser des württembergischen W. G. nicht etwa zum Ausdruck bringen, daß das Bett dieser Wasserläufe eine herrenlose Sache sei; nach den gesetzlichen Bestimmungen unterliegt dieses vielmehr einer weitgehenden Fürsorge der Staatsorgane. Die Kreisregierung (Art. 113 W. G.) als Vertreterin des öffentlichen Wohls und der Interessen der Allgemeinheit hat Befugnisse, die die sicherheitspolizeiliche Regelung der Verwertung und Aneignung einer herrenlosen Sache übersteigen. Es ist in Fällen ihre Zustimmung erforderlich, in denen eine bloße polizeiliche Regelung und Aufsicht nicht vorliegt. Die getroffene Regelung erinnert vielmehr an die „erkaufte" Zustimmung eines an der Sache Berechtigten. So bedarf z. B. die Einleitung der in Entwässerungsgräben landwirtschaftlich genutzter Grundstücke gesammelten Wassermengen besonderer Erlaubnis der Kreisregierung (Art. 25 W. G.), die Entnahme fester Stoffe (Sand, Kies, Schlamm), Art. 18 W. G.) der Erlaubnis der Ortspolizeibehörde (Art. 18 W. G.). Diese kann hierfür eine Gebühr erheben (Art. 21 W. G.). Auch Nutzungsrechte werden nach Art. 32 W. G. von der Kreisregierung in einem besonderen Verleihungsverfahren verliehen. Die Belastung der Wasserlaufgrundstücke mit einer Grunddienstbarkeit ist unzulässig, wie aus Art. 7 W. G. zu folgern ist. Alle diese Befugnisse des Staates und der Gemeinden werden am klarsten unter dem Begriff des öffentlichen Eigentums erfaßt.

---

[260]) Stein-Jonas, ZPO., 13. Aufl., Anm. III zu § 148.
[261]) a. A. ist allerdings Otto Mayer, Verw. R. II, S. 68.
[262]) Auch dem Privateigentum des Staates ist es also entzogen. Haller, Komm. z. W. G., S. 23, Anm. 2.

Die Annahme, es bestehe an den fließenden Gewässern des württembergischen Rechts ein öffentliches Eigentum, steht mit Art. 7 W. G. nicht im Widerspruch, da dieser nur das Bestehen bürgerlichen Eigentums gesetzlich ausschließt. Dahingestellt bleiben mag, ob ein öffentliches Eigentum der Gemeinden oder des Staates nach dem Inhalt der gesetzlichen Regelung anzunehmen ist. Eine Verteilung der Rechtszuständigkeit wird wohl anzunehmen sein[263]).

g) Das thüringische Wasserrecht.

Der thüringische Einheitsstaat hat mit der Regelung der dort sehr verworrenen wasserrechtlichen Verhältnisse begonnen. Das wichtigste Gebiet, die Verleihung von Nutzungsrechten, ist durch eine Notverordnung des thüringischen Ministeriums geregelt worden, die dem Staate einen weitestgehenden Einfluß auf die auf Wasserkräfte angewiesenen industriellen Unternehmen sichert. Es kann nicht verwundern, daß die Unternehmer sich zusammenschlossen und gegen die Art und den Inhalt der Regelung angingen[264]).

Angeregt durch diesen Streit befaßte man sich mit den Problemen der Regelung und schlug vor, das öffentliche Eigentum Mayers zum Ausgang der gesetzlichen Bestimmungen zu machen[265]).

Die einzelnen Wassergesetze weichen allerdings nicht unerheblich voneinander ab, haben aber trotz der verschiedenen Art der Regelung einzelne Grundprinzipien anerkannt, die vom bürgerlichen Eigentumsbegriff grundlegend abweichen. Das Eigentum belastende Nutzungsrechte an öffentlichen Flüssen werden regelmäßig in einem besonderen Verleihungsverfahren, also durch einen öffentlich-rechtlichen Staatsakt erworben; bürgerlichrechtliche Nutzungsrechte können teilweise nach ausdrücklicher Bestimmung nicht bestellt werden, teilweise aber schweigt das Gesetz über sie. Auch die Veräußerung der Wasserläufe ist teilweise ausdrücklich untersagt, im übrigen ergibt sich aber dieses Veräußerungsverbot aus einer sinngemäßen Anwendung des Wassergesetzes. In einigen Wassergesetzen ist sogar der Streit über das Eigentum an den Wasserläufen durch Verwaltungsgerichte oder gar durch Verwaltungsbehörden zu entscheiden.

---

[263]) Vgl. oben S. 55 ff.

[264]) Die Unternehmer gründeten damals im Jahre 1924 die Arbeitsgemeinschaft der Wasserkraftbesitzer Thüringens e. V. Diese sieht ihre Aufgabe in der Bekämpfung der Notverordnung. Über die Einzelheiten dieses Kampfes geben die vom Verein herausgegebene Denkschrift über die Wasserrechtsentwicklung der vormaligen Gebiete Thüringens und über die Vereinheitlichung des thüringischen Wasserrechts und ihre Anlagen eingehend Auskunft.

[265]) Koettgen, Grundprobleme d. Wasserrechts, a. a. O., S. 1 ff.

Diese dem bürgerlichen Eigentumsbegriff fremden Merkmale haben ihren Grund darin, daß die Verwaltung im Laufe der Geschichte durch Regalien und Hoheitsrechte öffentlich-rechtliche Sachenrechte als Rechtsgrundlage für ihre Verwaltungstätigkeit erworben, die sie erst durch eine neuerdings veränderte Begriffsbildung verloren hat. Wie ihre Tätigkeit ist aber auch deren Rechtsgrundlage mit allen Abweichungen vom bürgerlichen Eigentumsbegriff öffentlich-rechtlich, wenn sich auch in den Fällen, in denen der Staat nach außen nicht in die Erscheinung tritt (Unveräußerlichkeit) eine sinnfällige Über- und Unterordnung der beteiligten Subjekte nicht nachweisen läßt. Nur das Verhältnis des Eigentümers zu dem beliehenen Nutzungsberechtigten zeigt eine solche. Die Anerkennung der Richtigkeit der öffentlich-rechtlichen Lehre ist bisher nur daran gescheitert, daß man den Eigentumsbegriff des BGB. negativ und grundsätzlich allumfassend bestimmt hat.

Dritter Abschnitt.

Gegenstand des öffentlichen Eigentums.

1. Bisher ist der Beweis geführt worden, daß das Eigentum des Staates in den besprochenen Wassergesetzen so ausgestaltet ist, daß die öffentlich-rechtliche Lehre Mayers die an den natürlichen Wasserläufen bestehenden Rechtsverhältnisse besser erklärt als die von den meisten vertretene privatrechtliche Lehre. Zur Beweisführung sind auch Bestimmungen herangezogen worden, die die Ausnutzung des wirtschaftlichen Wertes des Wassers, seiner Energie, regeln. Es ist dabei aber dauernd unerwähnt geblieben, daß ja noch gar nicht feststeht, ob denn das fließende Wasser auch Gegenstand des im Gesetz festgestellten staatlichen Eigentums ist, oder ob es nicht vielmehr mit Rücksicht auf den Gemeingebrauch und vor allem mit Rücksicht auf seine physikalische Beschaffenheit als herrenlose, der Verwaltungsaufsicht unterliegende Sache angesehen werden muß[266]), ob also nur das Grundstück Gegenstand des staatlichen Eigentums ist.

Auch das Wasser kann ohne Zweifel im Eigentum stehen, wenn es in Teichen oder Gefäßen festgehalten wird. Das Eigentumsrecht kann unbedenklich bejaht werden, denn die im Eigentum stehende Sachsubstanz bleibt völlig unverändert.

An dem fließenden Wasser aber ist eine gleichgeartete Sachherrschaft nicht möglich, denn es ist einem beständigen Wechsel der Sachsubstanz unterworfen. Die vorhandene, im Eigentum stehende Wassermenge zeigt nur insofern eine gewisse Beständigkeit, als das wegfließende Wasser durch zufließendes ersetzt wird, die über das Wassergrundstück fließende Wassermenge also nahezu konstant

[266]) Friedrichs, Arch. f. öff. Recht 40, S. 305 ff.

bleibt. Die einzelnen Wasserwellen sind dagegen nur ganz vorübergehend im Herrschaftsbereich des Eigentümers. Da dem bürgerlichen wie dem öffentlichen Eigentum aber eine im Eigentum stehende Sache wesentlich ist, entsteht die Frage, ob der Substanzwechsel des Wassers Eigentumsrechte begrifflich ausschließt. Ein teilweiser Substanzwechsel ist zwar in gewissem Umfang mit dem Eigentumsbegriff nach allgemeiner Ansicht vereinbar (lebende Organismen)[267]), weil aber die ganze im Eigentum stehende Wassermenge dauernd wechselt und keinerlei substanzmäßige Beständigkeit zeigt, glauben mehrere[268]), ein Eigentum am Wasser nicht anerkennen zu können. Die Vertreter dieser Ansicht sehen aber vor einzelnen Wasserwellen (physikalischen Molekülen) den Fluß nicht[269]). Der Fluß oder ein abgegrenzter Teil ist Gegenstand des Eigentums. Naturwissenschaftlich ist es wohl richtig, nur das einzelne Molekül als Sacheinheit der Flüssigkeiten anzusehen; die Rechtswissenschaft aber ist eine Wissenschaft, deren Sacheinheiten mit der naturwissenschaftlichen Sacheinheit nicht zusammenzufallen brauchen, sie nimmt ihre Begriffe aus dem täglichen Leben und faßt sie so, daß sie zweckmäßig und wirtschaftlich brauchbar sind. So kann auch eine größere Wassermenge eine Sacheinheit sein (Teich). Wo die Naturwissenschaften von Sachgesamtheiten reden, kann die Rechtswissenschaft eine einheitliche teilbare Sache annehmen. Wirtschaftlich als Herrschaftseinheit anerkannte Sachgesamtheiten im naturwissenschaftlichen Sinn sind dann eigentumsfähige Sache, wenn sie in ihrem wirtschaftlichen Wert erhalten werden können. So ist Objekt des Eigentumsrechtes etwa ein Zentner Mehl im Sack, nicht aber einige Milliarden Mehlstäubchen. Lebende Organismen sind Eigentumsobjekt, obwohl sie, d. h. auch ein Teil ihrer Zellen einem organischen Umbildungsprozeß unterliegen. Eine theoretische Unmöglichkeit, den Eigen-

---

[267]) Huber, Eugen, a. a. O., S. 17.

[268]) Für das römische Recht: Windscheid-Kipp, Bd. I, § 146; Kappeler, a. a. O., S. 43 ff.; RG. in Seuff. Arch. Bd. 47, Nr. 180; Bd. 51, Nr. 6; RG. 16, 179, 53, S. 98 ff.; l. 2 § 1 I. de div. rerum 1, 8; a. A. nur Ossig, a. a. O., S. 47 ff.; 62 ff., 73.

Für das geltende Recht nehmen Eigentumsunfähigkeit an: Haller, a. a. O., Art. 1, An. 8, S. 7; Gierke, Sachenr., S. 37; Dernburg, Pand. I, § 73, Anm. 4; Lenhard-Reichau, a. a. O., S. 24; Eymann, Bayer. W. G., Bd. I, S. 167 ff.; Staudinger, Komm. z. E. G. BGB. Art. 65, Anm. 3; Max Huber, a. a. O., S. 137;

a. A.: Also wie oben: Schenkel, Komm. z. Bad. W. G. 1902, S. 36 u. § 1, Anm. 7 c, S. 105; Harster-Cassimir, S. 17, Anm. 2; Holtz-Kreutz, a. a. O., Bd. I, S. 46; Decker, a. a. O., S. 17; Reiserer, a. a. O., S. 28 ff., insbes. S. 38; Jahns, Das naturgemäßeste Wasserrecht, S. 3 u. Sächs. Arch., Bd. 1, S. 114; Krische, Sächs. Arch., Bd. 5, S. 468 f.; Schmidt, Verw. Arch. 22, S. 108 u. Gruch. Beitr. 52, S. 817 f.; Höfer, a. a. O., S. 28 ff.; Pfleghart, a. a. O., Bd. I, S. 58 ff.; Hornstein, a. a. O., S. 17; Müller, Ed., a. a. O., S. 9; Opitz, a. a. O., S. 52; Schelcher, W., in F. Z. 24, S. 24; Nieberding-Frank, a. a. O., I, S. 64.

[269]) So zutreffend Krische, a. a. O., S. 468.

tumsbegriff auf das Wasser eines fließenden Gewässers anzuwenden, besteht demnach nicht. Wirtschaftlich bildet das Wasser eines Flusses eine teilbare Einheit, die eben vom Recht (§ 904 BGB.) nach der Größe der Grundstücke geteilt wird. Ebenso wie ein Bienenschwarm im Eigentum des Imkers steht, obwohl die Bienen nach und nach in einen anderen Stock abwandern können und sich das alte Volk durch Zuzug neuer Bienen aus anderen Stöcken ergänzen kann, der Wechsel der Einzelteile steht immer dann mit der Anwendung des Eigentumsbegriffs nicht im Widerspruch, wenn trotz Wechsels der Einzelteile sich der wirtschaftliche Gesamteindruck nicht ändert[270]).

2. Bedenken gegen diese Ansicht können aber auch nicht daraus hergeleitet werden, daß man sagt, der Eigentümer habe keinen Besitz am fließenden Wasser[271]). Ebensowenig wie der Ausschluß aller anderen zum Begriffe des Sachbesitzes gehört[272]), kann auch hier von mangelndem Besitz (auch öffentlich-rechtlichem) die Rede sein, Wie man gefällte Bäume im Walde besitzen kann (§ 854 BGB.), ebensogut kann man auch das Wasser im Flußbett besitzen. Es ist nur erforderlich, daß der Eigentümer als Sachherr tatsächlich anerkannt wird.

3. Theoretisch ist also die Möglichkeit eines Eigentums am fließenden Wasser anzuerkennen; auch der Fluß ist ja insofern beständig, als auf dem Flußgrundstück Wasser in nahezu konstanter Menge fließt. Damit aber ein Eigentum auch an dem fließenden Wasser begründet ist, muß die Zusammengehörigkeit von Grundstück und Wasser rechtlich anerkannt sein. Das Wasser muß also Bestandteil oder Zubehör des Flußgrundstückes sein. Andere unbebaute Grundstücke nutzt man, indem man erntet, was auf ihnen wächst; rechtlich sind die Pflanzen vorher wesentliche Bestandteile. Das Wassergrundstück nutzt man, indem man die Energie des fließenden Wassers verwertet. Auch hier macht die Bindung des Wassers an das Grundstück es zu einem wesentlichen Bestandteil, wie sich insbesondere aus den Vorschriften über die Eigentumsänderung bei Veränderung des Flußlaufes ergibt.

Ein gewisses Nutzungsrecht ist immer notwendig, damit man von einem Eigentumsrecht reden kann[273]). Ein solches Nutzungsrecht am Wasser ist dem Eigentümer in allen Staaten verliehen. Wo z. B. in Preußen andere die Verleihung des Nutzungsrechts nachsuchen

---

[270]) Es ist nicht einzusehen, warum z. B. nach bayerischem Recht (Art. 16, Abs. I, Ziff. 3) die fließende Quelle so lange eigentumsfähiger Bestandteil des Grundstücks sein soll, als sie das Quellgrundstück noch nicht verlassen hat, warum ihr Wasser aber auf dem zweiten Grundstück eigentumsunfähige Sache geworden sein soll.

[271]) Höfer, a. a. O., S. 28. Er meint, man könne ein Eigentum auch ohne Besitz annehmen.

[272]) Wolff, Sachenrecht, S. 16.

[273]) Enneccerus, Allg. Teil, § 65.

müssen, braucht der Eigentümer die beabsichtigte Nutzung nur anzumelden[274]). Daß anderen Personen ein Aneignungsrecht am Wasser zusteht (Gemeingebrauch), steht der Möglichkeit dieser praktischen Auffassung nicht entgegen[275]).

4. Ihre praktische Verwertbarkeit zeigt sich darin, daß dem Eigentümer das Recht gegeben ist, ungesetzlichen Verunreinigungen des Wassers durch Klage aus § 1004 BGB. zu begegnen[276]). Weiter liegt ihre praktische Bedeutung darin, daß die unerlaubte schädliche Verunreinigung eines Wasserlaufs als Sachbeschädigung bestraft werden kann und daher gemäß § 823, I und II BGB. den Unterlieger schadensersatzberechtigt macht. Die rechtswidrige Aneignung von Wasser, d. h. die unzulässige Ableitung, kann danach als Diebstahl bestraft werden[277]), der neben dem strafrechtlichen Schutz aus § 370 Ziff. 2 StGB. in Frage kommen kann (§ 116 Pr. W. G.).

---

[274]) § 40, Ziff. 2 im Gegensatz zu § 46, I, Ziff. 1 Pr. W. G.

[275]) a. A.: Harster-Cassimir, a. a. O., S. 17 f., 102. Wegen des Gemeingebrauchs will er kein Eigentum an den einzelnen Wasserteilchen anerkennen, wohl aber nimmt er Eigentum am Flußwasser an. Diese Unterscheidung von eigentumsfähigem Ganzen und eigentumsunfähigem Teil ist aber wohl sachlich durch nichts gerechtfertigt.

[276]) Diese Folgerungen werden jedoch nicht von allen gezogen, die das Eigentum auch auf das fließende Wasser erstrecken. Vgl. Holtz-Kreutz, a. a. O., Bd. I, S. 46; Bd. II, S. 397; Schenkel, a. a. O., 1902, S. 36 f.; v. Hippel, a. a. O., S. 3 ff. Wie oben Müller, a. a. O., S. 39 ff.

[277]) Eugen Huber, a. a. O., S. 17 ff. Unzutreffend ist, was Schenkel, a. a. O., S. 36 f. gegen die Annahme eines Diebstahls einwendet; insbesondere kann nicht zugegeben werden, daß eine Bestrafung wegen Diebstahls unbillig sei. Durch das bestehende Recht auf Gemeingebrauch entfällt nämlich in den meisten Fällen die Rechtswidrigkeit der Handlung. Nur unbefugte Ableitung großer Teile des Wasserlaufes müßte also als Diebstahl bestraft werden. Die Wasserkraftanlagen könnten aber durch diese Strafdrohung wirksam gegen unbefugte Eingriffe in den Wasserstand geschützt werden.

II. Teil.

Wasserläufe als öffentliche Sachen kraft öffentlich-rechtlicher Dienstbarkeit.

1. Oben[278]) war das Vorliegen öffentlichen Eigentums auch damit begründet worden, daß die Belastung des staatlichen Eigentums durch den im Verleihungsverfahren ergehenden Verleihungsbeschluß, einen nur öffentlich-rechtlichen Staatsakt, erfolge. Gegen die Richtigkeit dieses Argumentes können aber Zweifel auftauchen. Durch einen vollständig gleichartigen Verleihungsbeschluß können z. B. nach preußischem Recht auch gleichartige Nutzungsrechte an den im Privateigentum stehenden Wasserläufen erworben werden. Selbst dem Flußeigentümer können in diesem Verfahren Rechte verliehen werden, die er bisher noch nicht hatte. Steht diese Regelung nicht der Folgerung entgegen, daß die Form der Belastung für die Annahme eines öffentlichen Eigentums spreche?

Nicht alle Wassergesetze haben sich auch äußerlich von dem Gedanken befreien können, daß nur der Verkehrsreichtum des Gewässers ihm die Eigenschaft einer öffentlichen Sache verleihe. Nur Baden und Württemberg, deren kleinste Schwarzwaldbäche ungeheure Energien bergen[279]), haben begreiflicherweise auch die energiereichen Flüsse öffentlichen Körperschaften zu öffentlichem Eigentum gegeben. In den übrigen Ländern, in denen die Energie nicht schiffbarer Flüsse höchstens für den Betrieb von Mühlen, kleineren Elektrizitätswerken Verwendung findet, hat man es nicht für nötig gehalten, über die Regelung wichtiger Wasserwirtschaftszweige hinauszugehen, insbesondere dem Staate das Eigentum an diesen Energiequellen zu geben, obwohl auch sie heute eine Bedeutung erlangt haben, die über die Gemeinden hinausgreift. Der Gedanke an diese der Entwicklung der Elektrizitätswirtschaft entsprechende Wandlung zeigt uns den Weg, wie die oben erwähnte Schwierigkeit zu lösen ist. Im Wegerecht gibt es auch Wege, die der staatlichen Herrschaft im gleichen Umfange unterliegen wie solche, die dem Staate gehören. Sie sind öffentliche Wege kraft öffentlicher Dienstbarkeit[280]). Die im Privateigentum der Anlieger stehenden fließenden Gewässer würden also ebenfalls öffentliche Gewässer[281]) sein. Die staatliche Sachgewalt, die an ihnen ebenfalls entsprechend um-

[278]) S. 73 f., 75, 79, 81.
[279]) Vgl. die Tabellen über den Nutzeffekt dieser Flüsse in Haller, a. a. O., Einleitung, S. XXI; Schenkel-Wiener, a. a. O., 1913, S. 35.
[280]) Otto Mayer, Verw. R., Bd. II, S. 49 u. § 40.
[281]) Allerdings nicht im historisch ererbten Sinne.

fangreich ist, würde ihre sachenrechtliche Ausgestaltung in der dem Staate zustehenden öffentlichen Dienstbarkeit finden[282]). Der Beweis der Richtigkeit dieser Anschauung soll nur an Hand des preußischen Wassergesetzes geführt werden.

2. Das Institut der Verleihung eines Nutzungsrechtes ist auch für Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung notwendig, weil wirtschaftlich lohnende Energieverwertung nur möglich ist, wenn der Anlieger auf das Eigentum der Oberlieger in gewissem Umfang einwirkt[283]), den Wasserspiegel hebt und damit den Anliegern jede weitere Nutzungsmöglichkeit nimmt. Er muß in die Rechte der Oberlieger eingreifen. Diesen Eingriff gestattet ihm der Verleihungsbeschluß, dieser beschränkt das Eigentum und enthält daher rechtlich eine Enteignung. Nach Art. 153 R. V. darf eine solche Enteignung aber nur zum Wohle der Allgemeinheit erfolgen; hier aber wird sie zugunsten des Beliehenen durchgeführt. Sie ermöglicht es ihm, sich eine Erwerbsquelle zu schaffen. Die Enteignung muß ferner gegen eine angemessene Entschädigung erfolgen. Im Gegensatz zu dieser Bestimmung darf nach preußischem W. G. § 54 dem Beliehenen ein Entgelt für die gewährte Nutzung nicht auferlegt werden. Der Beliehene hat vielmehr gemäß §§ 45, 50, 51 W. G. § 252 BGB. die geschädigten Eigentümer nur weitgehend zu entschädigen. Das im Art. 153 R. V. darüber hinaus vorgesehene Entgelt enthält aber dieser Schadensersatzanspruch nicht; letzten Endes macht also der Beliehene einen Gewinn.

Diesen Widerspruch, zu dem die Durchführung der Annahme unbelasteten bürgerlichen Eigentums der Anlieger kommt, kann man nur dadurch beseitigen, daß man annimmt, durch die Verleihung entstehe nicht erst eine Belastung bisher unbelasteten bürgerlichen Eigentums[284]), sondern die Belastung bestehe schon vorher als das Eigentum der Untertanen beschränkende Berechtigung der Verwaltung, die sich nachher nur in einer Berechtigung des Untertanen auswirke[285]), die Berechtigung des Untertanen werde also durch staatliche Befugnisse vermittelt.

Auch durch Verwaltung dieser Wasserläufe wird der neueren technischen Entwicklung entsprechend öffentliche Verwaltung insofern geführt, als die Verwaltung ohne Rücksicht auf fremdes Eigentumsrecht wirtschaftliche lohnende Energieverwertung ermöglicht,

---

[282]) a. A.: Otto Mayer, Verw. R., S. 49, Anm. 17 zu § 39.

[283]) Das Recht, den Wasserstand zu heben und zu senken, also Stauanlagen zu errichten, steht dem Eigentümer nur so weit zu, als andere Anlieger nicht geschädigt werden. Pr. W. G. § 40, Ziff. 3; § 41, Abs. I, Ziff. 2 u. Abs. II.

[284]) So Otto Mayer, Verw. R., Bd. II, § 39 Anm. 17.

[285]) Diese nachfolgende Belastung durch ein Recht des Untertanen ist allerdings nicht der einzige Inhalt der Dienstbarkeit. Hinzu kommen noch die die sicherheitspolizeiliche Zuständigkeit der zuständigen Organe überschreitenden Befugnisse.

und auch diese Wasserläufe der gemeinsamen Benutzung aller zur Verfügung stellt. Diese die Sache verwaltende Tätigkeit wird dann noch in das richtige Licht gestellt und der Gedanke einer öffentlichrechtlichen Dienstbarkeit klar, wenn man diesen gebundenen Wasserläufen die im freien bürgerlichen Eigentum stehenden Gewässer (Grundwasser, Teiche u. ä.) gegenüberstellt. Von dieser sachverwaltenden Tätigkeit der Verwaltungsorgane sind letztere unberührt[286]). An ihnen besteht in vollem Umfang bürgerliches Eigentum.

Schließlich muß auch noch für die hier vertretene Auffassung ins Gewicht fallen, daß sie ganz zwanglos zu der Folgerung führt, das verliehene Recht bleibe durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung des Wassergrundstücks oder eines durch die Ausübung des Rechtes beeinträchtigten Grundstücks unberührt[287]). Es ist nämlich Belastung der staatlichen Wasserlaufdienstbarkeit, kein Recht am versteigerten Wasser- oder Anliegergrundstück.

3. O. Mayer hat sich mit dem aufgeworfenen Problem schon befaßt und in die Wassergesetze, die die Verleihung einheitlich regeln, zwei verschiedene Rechtsformen der Verleihung hineinzutragen versucht[288]) und gesagt, die Verleihung von Nutzungsrechten an Wasserläufen erster Ordnung sei eine echte Verleihung, sie gewähre Rechte, die dem Beliehenen bisher noch nicht zugestanden hätten, und die sich als „Macht über die Verwaltung" auswirkten[289]). Der Anlieger sei aber kraft Gesetzes schon Eigentümer des Wasserlaufs. Ihm ständen deshalb schon umfassende Nutzungsrechte am Wasserlauf zu, die Ausübung dieser Nutzungsrechte sei aber an eine Verleihung geknüpft, die äußerlich der Verleihung eines Nutzungsrechtes ähnele, die aber in Wahrheit eine Gewerbeerlaubnis sei[290]).

Diese Auffassung aber ist unzutreffend. Sie trägt in die Ausgestaltung der Verleihung eine Unterscheidung, die sachlich nicht gerechtfertigt ist. Die Verleihung eines Rechtes an einen Wasserlauf zweiter oder dritter Ordnung hat die gleiche Wirkung wie die Verleihung eines Rechtes an einen Wasserlauf erster Ordnung. Sie ist unter den gleichen Voraussetzungen widerruflich wie diese. Auch sie gewährt dem Beliehenen Rechte und begründet ohne Entschädigung Duldungspflichten der übrigen Anlieger (§ 82 W. G.). Da das Verleihungsverfahren nach § 45, II W. G. nur durchgeführt werden darf, wenn dem Antragsteller nicht schon die verleihenden Rechte auf Grund eines anderen Rechts zustehen, so kann das Verleihungsverfahren in jedem Falle nach preußischem Recht nur durch einen

---

[286]) Pr. W. G. §§ 196 ff., 200 ff.; bayer. W. G. Art. 16; Württemb. W. G., Art. 2, 3; Bad. W. G., § 4.

[287]) Ebenso Holtz-Kreutz, a. a. O., S. 431/32.

[288]) Otto Mayer, Verw. R., § 39, Anm. 17. Näher ausgeführt in Schmidt: Die staatl. Bewilligung zur Anlage von Wassertriebwerken, Leipz. Diss. 1908, ebenso M. Huber, a. a. O., S. 138.

[289]) Schmidt, a. a. O., § 15.

[290]) Schmidt, a. a. O., § 9.

Rechte und Pflichten begründenden Verleihungsbeschluß enden, der sich durch diesen seinen Inhalt von einer polizeilichen Gewerbeerlaubnis grundlegend unterscheidet.

Die genannte Ansicht Mayers führt auch zu eigenartigen Folgerungen. Der Unternehmer einer Wasserkraftanlage muß neben der Verleihung des Wassernutzungsrechts gemäß §§ 45 ff. W. G. auch die Erteilung der in den §§ 16 ff. Gew. O. vorgeschriebenen Gewerbeerlaubnis nachsuchen. Würde die Verleihung in Wahrheit ebenfalls eine Gewerbeerlaubnis sein, so müßte der Unternehmer zweimal die polizeiliche Genehmigung der Kraftanlage nachsuchen.

Ohne eine Ungenauigkeit in sein System zu tragen, kann Mayer auch nicht die Ansicht vertreten, die Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung seien keine öffentlichen Sachen. Wenn nämlich der Gemeingebrauch die „Nutzungsfreiheit an öffentlichen Sachen ist“[291]), müssen diese Wasserläufe schon öffentliche Sachen sein, denn auch an ihnen erkennen die Wasserrechte einen Gemeingebrauch an. Auch die Möglichkeit dieses Einwandes hat Mayer erkannt. Um ihm zu begegnen, nimmt er an, an den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung sei ein Gemeingebrauch im echten Sinne nicht begründet. Er geht dabei von der Auffassung aus, nur die Schiffahrt sei echter Gemeingebrauch, alle anderen frei gestellten Nutzungsarten seien „nur ererbte Allmendnutzungen“[292]). Auch diese Begründung ist wenig überzeugend. Der Gemeingebrauch ist geschichtlich doch gerade aus der früheren Allmendnutzung durch Wegfall ihrer Beschränkung auf die Markgenossen entstanden[293]). Ist dies aber der Fall, so kann der Gemeingebrauch zu den Allmendnutzungen nicht im Gegensatz stehen. Auch die Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung sind also im Gegensatz zur Ansicht Mayers öffentliche Sachen kraft öffentlicher Dienstbarkeit.

4. Jeder Wasserlauf erfordert Unterhaltungsarbeiten. Die Baumaterialien müssen hierzu herbeigeschafft werden. Schlamm und Kies werden aus dem Fluß gebaggert oder gegraben und am Ufer abgelagert und von dort aus abgefahren. Seit alter Zeit ist es üblich Lasten den Fluß hinaufzuschleppen, die die Pferde vom Ufer aus ziehen. Alle diese Tätigkeiten müssen notwendig die an den Fluß angrenzenden Grundstücke in Mitleidenschaft ziehen. Die Anliegergrundstücke müssen also zugunsten der Schiffahrt belastet werden. Rechtsträger dieser öffentlich-rechtlichen Belastung ist der öffentliche Eigentümer, also der Staat. Seine Berechtigung ist aber zweckgebunden. Wie schon oben ausgeführt wurde, kann diese Berechtigung der verwaltenden Staatsorgane nur auf eine rechtliche Grundlage des öffentlichen Rechts bezogen werden, die Belastung des

---

[291]) Otto Mayer, Verw. R., Bd. II, S. 77.
[292]) Otto Mayer, Verw. R., Bd. II, S. 73, Anm. 1.
[293]) Vgl. unten S. 91 f.

Eigentums ist als öffentlich-rechtliche Grunddienstbarkeit[294]) aufzufassen. Sie bedarf nicht der Eintragung in das Grundbuch, herrschendes Grundstück ist der Fluß. Otto Mayer bringt diese Gebundenheit dadurch zum Ausdruck, daß er den Fluß als Unternehmen behandelt, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt sei. Die Berechtigung ist damit aber nicht auf eine rechtsfähige Person bezogen, wie wir sonst allgemein gewohnt sind. Deshalb ist seine Auffassung auch in dieser Hinsicht abzulehnen.

III. Teil.

Benutzung der Wasserläufe.

Erster Abschnitt.

Das Nutzungsrecht des privatrechtlichen Flußeigentümers im Gegensatz zu den Nutzungsrechten anderer Personen.

Der bisher besprochene Aktivbestand an zweckgebundenen Mitteln: die öffentliche Sache und die zu ihr gehörigen Grunddienstbarkeiten werden den Untertanen zur Nutzung zur Verfügung gestellt. Darin besteht ihre zweckentsprechende Verwertung.

1. Die Benutzung eines jeden Gewässers ist immer davon abhängig, daß der benutzende Untertan Zugang zum Wasserlauf hat. Tatsächlich und damit normalerweise auch rechtlich bevorzugt ist daher der Eigentümer eines angrenzenden Grundstücks. Die Erwägung, daß der Eigentümer des Anliegergrundstücks das größte Interesse an einer Unterhaltung der Ufer habe, und daß er für diese Aufwendungen durch die Wassernutzungen in für die Allgemeinheit tragbaren Grenzen entschädigt werden solle, hat die meisten Landeswassergesetze veranlaßt, den Anliegern kleinerer Flüsse das Eigentum an der angrenzenden Stromhälfte zu geben. Aus diesem bürgerlichrechtlichen Eigentumsrecht der Anlieger, das, wie in Teil II erörtert, öffentlich-rechtlich belastet ist, ergeben sich eine Reihe von Nutzungsbefugnissen, deren Besonderheit darin zu finden ist, daß sie durch Klagen geschützt werden. Während die Anlieger (§ 333 Pr. W. G.) und diejenigen, die nur eine polizeiliche Nutzungserlaubnis erhalten haben, keinen Rechtsschutz genießen, ist der „Gemeingebrauch" des Eigentümers rechtlich geschützt. Aus seinem Eigentum ergibt sich seine Nutzungsbefugnis, er hat also ein subjektives Recht.

Diese Eigentümernutzung bietet der rechtlichen Erfassung keine Schwierigkeiten. Sie ergibt sich klar aus dem bürgerlichen Eigentum des Anliegers und weist nur insofern eine Besonderheit auf, als der Eigentümer, der nicht gleichzeitig Uferanlieger ist, diesem einige nicht störende Anlagen gestatten muß.

---

[294]) Otto Mayer, Verw. Recht, Bd. II, S. 108.

2. Die öffentlichen Gewässer sind aber Allgemeingut. Der Nichteigentümer ist daher von der Benutzung dieser Wasserläufe nicht ausgeschlossen. Die Formen, in denen sie seinen Interessen dienstbar gemacht werden, lassen sich nach der Art der Berechtigung des Untertans und dem Einfluß der Verwaltung unterscheiden.

a) Ohne weiteres und unbekümmert um die Verwaltung kann der Untertan jeden Wasserlauf im Rahmen des Gemeingebrauchs benutzen.

b) Formlos muß die Wasserpolizeibehörde erst prüfen, ob eine beabsichtigte Benutzung ohne Schaden für die Allgemeinheit erfolgen kann. Hierzu muß der Untertan teils erst die Erteilung einer polizeilichen Erlaubnis abwarten, teils aber auch braucht er die beabsichtigte Benutzung nur anzuzeigen.

c) Erfordert eine Benutzung des Wasserlaufs aber größere Aufwendungen oder Anlagen, oder soll die Anlage auf unabsehbare Zeit hinaus bestehen, so ist es notwendig, einen festen Rechtskreis als Grundlage für das Unternehmen zu schaffen. Dies geschieht durch Verleihung eines besonderen Nutzungsrechtes.

Zweiter Abschnitt.

Der Gemeingebrauch.

1. Die rechtliche Natur des Gemeingebrauchs ist noch heute bestritten. Geschichtlich hat er sich aus den korporativen Nutzungsrechten der Markgenossen entwickelt[295]). Mit der Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse, dem Schwinden der Markgenossenschaften, ist er zu einem allgemeinen Menschenrecht geworden; die Staatsangehörigkeit, die Gemeindeangehörigkeit sind nicht mehr Voraussetzungen der Zulassung zum Gemeingebrauch[296]). Auch das „Recht" des Gemeingebrauchs ist von der allgemeinen Anziehungskraft des bürgerlichen Rechts im 19. Jahrhundert nicht verschont geblieben; die Pandektisten haben es als privates, servitutähnliches, eigenartiges, dingliches Recht des einzelnen aufgefaßt[297]). Diese privatrechtliche Auffassung trifft aber deshalb nicht zu, weil weder ein

---

[295]) Heußler, Institutionen, Bd. I, S. 365 ff., Geffken, a. a. O., S. 185 ff.; Moll, Verw. Arch., Bd. 16, S. 265 ff.; Morsbach, a. a. O., S. 14 f.

[296]) a. A.: Gierke, Sachenr., S. 25. Er nimmt ein Fortbestehen der Allmendverfassung an und behauptet, Gemeingebrauchsrechte hätten nur Staatsangehörige (vgl. a. a. O., Anm. 19). Gierke begründet seine Auffassung damit, daß der Ausländer ausgewiesen werden könne, und deshalb an der allgemeinen Nutzungsfreiheit nicht teilnehme. Dies ist jedoch nur richtig, wenn die Ausweisung erfolgt; solange der Ausländer im Inlande geduldet wird, nimmt er an dem Gemeingebrauch teil. Würde man wegen der Möglichkeit, ihn auszuweisen, das Bestehen eines Gemeingebrauchsrechtes leugnen, so würde man auch annehmen müssen, daß der Ausländer überhaupt keine „organschaftlichen Rechte u. Pflichten" haben könne.

[297]) Regelsberger, Pandekten, Bd. I, S. 185, 187, 228, 422; Bekker, Pand., Bd. I, S. 342; Dernburg, Pand., Bd. I, § 78, Anm. 8.

bestimmtes Rechtssubjekt der Verwaltung gegenübersteht, noch der Untertan an einem bestimmten Rechtsobjekte berechtigt ist. Weil zu jener Zeit nur das Privatrecht in Ansehen stand, hat man auch dort alles so gut wie möglich unterzubringen versucht. Da die ererbten Begriffe des römischen Rechts nicht paßten, war der Gemeingebrauch eben ein ähnliches Recht, eine „Quasiservitut".

Dieser Auffassung steht nun die Ansicht gegenüber, der Gemeingebrauch sei nur ein Reflexrecht[298]), das dem öffentlichen Recht entspringe, ihm also auch angehöre[299]). Von den Vertretern dieser Auffassung wird es als mit dem Begriff des Gemeingebrauchs unvereinbar abgelehnt, daß er auch als subjektives Recht ausgestaltet sein könne[300]).

2. Sein Wesen besteht darin, daß jeder ohne weiteres und ohne besondere Erlaubnis den Wasserlauf im Rahmen des Gemeingebrauchs benutzen kann. Sein öffentlich-rechtlicher Charakter zeigt sich, wenn der Herr der öffentlichen Wasserläufe, der Staat, einmal ausnahmsweise tätig wird. Er kann von sich aus den Gemeingebrauch, etwa das Baden, Tränken, Waschen usw., regeln, örtlich beschränken und unter Umständen sogar verbieten[301]). Der auf dem öffentlichen Recht beruhende Gemeingebrauch ist in der Regel kein subjektives Recht, regelmäßig ist er durch keinen Rechtsweg geschützt[302]), verleiht also auch keine „Macht über die Verwaltung". Der Gemeingebrauch ist auch eine sachenrechtliche Befugnis der Untertanen. Als man die Möglichkeit eines öffentlichen Sachenrechts nicht erkannt hatte, fand man keinen Weg, ihn in das feste Schema des bürgerlichen Rechts einzuspannen; man behandelte ihn deshalb als Quasiservitut. In dem öffentlichen Sachenrecht hat er nun seinen Platz, als Reflexrecht ergreift er die öffentliche Sache.

Die philosophische Begründung dieser Befugnis erfolgt allerdings verschieden. Teils soll der Gemeingebrauch ein Teil der jeden Menschen umgebenden natürlichen Freiheit[303]) sein, teils wird er seiner geschichtlichen Wurzel entsprechend noch als öffentliches Persönlichkeitsrecht begründet, das dem einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zum Staate gegeben ist[304]). Die letztere Auffassung ist jedoch

---

[298]) Jellinek, System d. subjektiven Rechte, S. 70; Gierke, Sachenr. S. 25, „Sozialrecht"; O. Mayer, Bd. II, S. 77.

[299]) E. RG. 1, S. 158 ff.; 6, S. 159 ff.; 8, S. 152 ff.

[300]) Jellinek, a. a. O., S. 70.

[301]) Pr. W. G. § 39.

[302]) Das preußische Recht schützt den Untertanen z. B. gegen die Einziehung eines Weges (§ 57 Zuständigktsges.). Es erkennt also ein subjektives Recht auf Gemeingebrauch an. Auch im schweizer Wasserrecht wird das Bestehen eines subjektiven Rechts auf Gemeingebrauch anerkannt, vgl. Huber, Max, a. a. O., S. 143.

[303]) O. Mayer, Verw. R., Bd. II, S. 77.

[304]) Gierke, Sachenrecht, S. 25 u. Anm. 19.

nicht zutreffend. Der Gemeingebrauch ist nicht auf Staatsangehörige beschränkt[305]).

3. Der Inhalt des Gemeingebrauchs ist zwar von allen Wasser-Gesetzen festgelegt worden[306]). Die Gesetze können aber nicht den Anspruch erheben, alle im Gemeingebrauch enthaltenen Befugnisse vollständig aufzuzählen[307]). Teils wollen sie dies auch nicht[308]). Sinn aller gesetzlichen Bestimmungen ist es nicht, bisher üblichen Gemeingebrauch zu verbieten[309]), bisher nicht üblichen hervorzubringen; die örtliche Gewohnheit soll nach wie vor maßgebend sein[310]). Deshalb darf man bei Auslegung der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen nicht zu engherzig sein. Was bisher üblich war und andere nicht belästigt, ist auch nach Inkrafttreten der geltenden Gesetze nicht verboten.

4. Belastet durch den Gemeingebrauch sind alle öffentlichen Gewässer. Da Mayer diesen Begriff auf die Wasserläufe erster Ordnung beschränkt, muß er folgerichtig annehmen, an den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung bestehe kein Gemeingebrauch[311]). Diese Auffassung begründet er, indem er sagt, der Gemeingebrauch an diesen Wasserläufen sei ein Rest alter Allmendnutzungen. Wäre er das, so müßte die Regelung des Gesetzes nur den Allmendeigentümern, den Gemeindeangehörigen, ein Nutzungsrecht geben. Da aber auch Ortsfremde und Ausländer zur Nutzung zugelassen werden, hat damit die Allmendnutzung ihr früheres Wesen verloren. Würde zum anderen der alte Gegensatz von Allmend und Regalgewässern noch bestehen, so müßte das Reich oder der Staat Abgaben aus Schiffahrt erheben. Durch die Freiheit der Schiffahrt aber ist der Regalfluß zum Allmendgewässer geworden, Gemeingebrauch an beiden unterscheiden sich heute nicht mehr. Der wichtigste Grund gegen die obige Unterscheidung Mayers ist der, daß kein Wassergesetz an seine Unterscheidung eine praktische Folge knüpft.

5. Überwacht wird der Gemeingebrauch durch die Wasserpolizei, sie hat ihn so zu regeln, daß Streit nicht entsteht[312]). Streit über den Gemeingebrauch hat sie zu schlichten.

Dritter Abschnitt.

Die Gebrauchserlaubnis.

Es gibt gewisse Nutzungsformen, die nicht dem Eigennutz der einzelnen anheim gegeben werden können. Entnehmen viele aus

[305]) Vgl. oben Anm. 296.
[306]) Pr. W. G. §§ 25 ff.; Bad. W. G. §§ 12 ff.; Württ. W. G. Art. 16 ff.; Bayer. W. G. Art. 26 ff.
[307]) O. Mayer, Verw. R., § 37, S. 78.
[308]) Harster-Cassimir, Komm., S. 167, Anm. 3 zu Art. 26.
[309]) Motive z. Bayer. W. G., Verh. d. K. f. Abg. 1905, Beil. 9, S. 553.
[310]) Pr. W. G. § 25, Abs. 2.
[311]) O. Mayer, Verw. R., Bd. II, S. 73, Anm. 1.
[312]) §§ 36, 37, 39 Pr. W. G.; Art. 27 bay. W. G.

einem Fluß Kies, so muß dadurch eine von der Oberfläche aus unbemerkbare Vertiefung des Flußbettes entstehen, die ihrerseits im fließenden Wasser einen abwärts gerichteten Wirbelstrom verursachen kann, der Badenden u. U. gefährlich wird. Die Senkung des Flußbetts kann Uferbauten und Brücken gefährden. Eine Überwachung des Gemeingebrauchs ist also notwendig, sie ist aber auch ausreichend, sie braucht nur so weit zu gehen, als ihr Zweck es erfordert. Vorherige formlose Genehmigung dieser Nutzungen ist ausreichend, und wird von einer Reihe von Wassergesetzen vorgeschrieben.

1. Die rechtliche Natur dieser Erlaubnis ist bestritten. Einige nehmen an, sie sei eine rein polizeiliche Überwachung des Gemeingebrauchs[313]) und gewähre kein Nutzungsrecht an der Sache selbst; andere dagegen behaupten, sie gewähre dem Empfänger eine sachenrechtliche, öffentlich-rechtliche Befugnis[314]). Diese Auffassungen gewinnen Bedeutung für die Entscheidung der Frage, ob die besondere Erlaubnis des Eigentümers des Wasserlaufs mangels besonderer Regelung neben der öffentlich-rechtlichen Gebrauchserlaubnis erforderlich ist.

Auf dieses besondere Institut hat man die Anziehungskraft des bürgerlichen Rechts nicht in der Weise einwirken können, daß es ausschließlich dem bürgerlichen Recht zugedacht werden konnte; dem stand doch die Tätigkeit der Polizei im Wege. Zur rechtlichen Doppelnatur hat es die Gebrauchserlaubnis in der Rechtswissenschaft aber doch gebracht. Sie gehört nach h. M. auch heute noch zu den sog. gemischten Rechtsverhältnissen. Durch die Erteilung der Erlaubnis, so sagt man, bringe der Staat zum Ausdruck, daß er als Berechtigter die Nutzung zulasse, daß aber auch gegen sie kein polizeiliches Bedenken bestehe[315]). Die Erlaubnis sei also ein Akt, der öffentlich-rechtliche und bürgerlichrechtliche Willenserklärung in engster Verbindung umfasse[316]), der Staat gewähre mit der Erlaubnis als Eigentümer i. S. des Zivilrechts am öffentlichen Gewässer und am Staatsprivatfluß ein nach den Vorschriften des Privatrechts zu beurteilendes Recht zur Wasserbenutzung, bringe aber gleichzeitig zum Ausdruck, daß auch vom polizeilichen Standpunkt des öffentlichen Interesses aus kein Bedenken gegen die Erlaubnis bestehe[317]). Diese Auffassung begegnet aber Bedenken. Die Annahme, ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen gehöre dem öffentlichen u n d dem bürgerlichen Recht an, erscheint mir logisch nicht richtig. Ist die verwaltende Behörde nämlich als Obrigkeit tätig, so

---

[313]) Haller, a. a. O., S. 47 ff.
[314]) O. Mayer, Verw. R., Bd. II, § 38.
[315]) Seydel, Bay. Staatsrecht, Bd. III, S. 251, § 331; Harster-Cassimir, Anm. 2 zu Art. 42, S. 271 f.; Dittmann, a. a. O., S. 6 ff.; Obermeyer, a. a. O., S. 260.
[316]) Harster-Cassimir, a. a. O., S. 272.
[317]) Bay. V. G. E., 25, S. 131 ff.

steht ihr nach dem Wesen des öffentlichen Rechts ein Untertan gegenüber. Dieselbe Obrigkeit kann aber durch dieselbe Verfügung, in der sie die polizeiliche Unbedenklichkeit der Nutzung bescheinigt, nicht auch als gleichgeordneter Untertan eine zivilrechtliche Verfügung über Bestandteile des Eigentumsrechtes treffen, sie kann nicht als Untertan obrigkeitliche Funktionen haben. Diese Verbindung ist unmöglich, sie findet in den Gesetzen auch nur dann Halt, wenn man diese ohne Rücksicht auf die ideenmäßige Entwicklung der Rechtsbegriffe auslegt. Daß man allgemein die Gebrauchserlaubnis als sog. gemischtes Rechtsverhältnis behandelt, liegt daran, daß man die Idee eines öffentlichen Sachenrechts verwirft oder gar nicht kennt. Ihre Anerkennung beseitigt alle Schwierigkeiten, dieses Rechtsverhältnis zu erfassen. Die Erlaubnis des Staates als „bürgerlichen Eigentümers" hat öffentlich-rechtlichen Charakter, sie wird von der polizeilichen Erlaubnis nicht mehr geschieden. Diese polizeiliche Nutzungserlaubnis hat neben der öffentlichen sachenrechtlichen Gestattung keine besondere Bedeutung mehr. Interessenausgleich und Förderung der Sicherheit ist Kennzeichen jeder Tätigkeit öffentlicher Gewalt. Es ist daher nicht nötig, diese Pflicht des öffentlichen Eigentümers nochmals besonders zu betonen.

Ausgestaltet ist die Gebrauchserlaubnis nur für diejenigen Gewässer, die im Eigentum des Staates stehen[318]). Soweit für gleichartige Nutzungen an den nicht im Eigentum des Staates stehenden Wasserläufen die polizeiliche Erlaubnis erfordert wird[319]), hat diese allerdings den Charakter einer sicherheitspolizeilichen Verfügung. Die Nutzungserlaubnis des bürgerlichen Eigentümers muß der Erlaubnisempfänger in diesen Fällen noch nachsuchen[320]). Wirtschaftlich ist die Notwendigkeit dieser Erlaubnis m. E. aber nicht gerechtfertigt.

Die obige Auffassung Otto Mayers führt zu dem praktischen Ergebnis, daß sich dieselbe Behörde nicht in zwei verschiedenen Verfügungen mit der gleichen Angelegenheit befassen muß.

2. Die Gebrauchserlaubnis gewährt kein subjektives Recht, darin gleicht sie dem Gemeingebrauch. Sie verschafft dem Empfänger der Erlaubnis nur die rechtliche Möglichkeit, den Fluß der Erlaubnis entsprechend zu benutzen. Wird er daran gehindert, indem die Polizei die Erlaubnis widerruft, so hat er keinen Erfüllungsanspruch, wie er ihn bei folgerichtiger Durchführung der oben bekämpften Ansicht hätte. Die Erlaubnis soll nach einzelnen Wassergesetzen nur zeitlich und örtlich beschränkt erteilt werden[321]), sie kann weiter auch

---

[318]) So ist z. B. durch Art. 26 bayr. W. G. die Gebrauchserlaubnis auf öffentliche Gewässer beschränkt.

[319]) Das bayerische Wasserrecht fordert keine polizeiliche Genehmigung neben der Erlaubnis des Eigentümers, Art. 26, Abs. II.

[320]) Art. 26 Bay. W. G.

[321]) Bad. W. G., § 16; Württ. W. G., Art. 18, Abs. II.

von der Zahlung einer Gebühr abhängig gemacht werden[322]). Kraft Gesetzes ist sie teilweise frei widerruflich[323]).

3. Eine besondere Regelung hat nur das preußische Wassergesetz getroffen. Es regelt nur den Gemeingebrauch und die Verleihung wichtigster Nutzungsrechte, jede andere Nutzungsform ist in ihm nicht geregelt. Da aber dem Eigentümer alle nicht verteilten Nutzungen zukommen, kann auch der Staat diese ihm zustehenden Nutzungsrechte anderen überlassen. Diese Form der Gebrauchserlaubnis ist rein bürgerlich-rechtlich gedacht. Da aber das Eigentum des Staates als öffentliches Eigentum angesehen werden muß, ist folgerichtig auch dieses Verhältnis des Staates ein öffentliches. Diese Ansicht führt zu dem praktisch brauchbaren Ergebnis, daß die Erlaubnis im öffentlichen Interesse auch nach preußischem Recht frei widerrufen werden könnte. Eine Kündigung des anzunehmenden Pachtvertrages oder eine Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB. wäre nicht möglich und nicht erforderlich. Der Widerruf würde nicht zur Entschädigung verpflichten.

4. Ebenso hat das badische W. G. eine eigenartige Regelung getroffen. Es unterscheidet nämlich einen Gemeingebrauch am Wasser (§ 12 W. G.) und am Flußbett (§ 16 W. G.). Der Gemeingebrauch am Flußbett ist nur mit Genehmigung der zuständigen Behörde zulässig. Eine Zustimmung des Eigentümers des Flußgrundstückes ist nicht erforderlich. Diese Regelung ist praktisch, einfach und klar. Die Erlaubnis ist dort eine gewöhnliche sachenrechtliche Verfügung der verwaltenden Behörde, also eine Gebrauchserlaubnis in dem hier erörterten Sinne.

Vierter Abschnitt.

Das verliehene Nutzungsrecht.

Durch die Vorschriften über den Gemeingebrauch ist einer unbeschränkten Zahl von Personen eine Nutzungsbefugnis an allen Wasserläufen eingeräumt. Die Erweiterung der Nutzungsbefugnis durch Erlaubnis und die Nutzung durch den Eigentümer bieten noch nicht die genügende rechtliche Grundlage für Ausnutzung der kinetischen Energie des Wassers. Sie würde brach liegen, die grundsätzliche Anerkennung des bürgerlichen Eigentums an den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung würde unerträglich sein, wenn nicht das Wassergesetz umgekehrt die Möglichkeit vorgesehen hätte, gegen den Willen des Eigentümers im Interesse der Volkswirtschaft die Wasserkräfte verwerten zu lassen. Die rechtlichen Grundlagen für die technischen Anlagen bietet die Verleihung, das verliehene Gebrauchsrecht, die Genehmigung oder wie sie sonst noch genannt wird.

---

[322]) Bad. W. G., § 16, S. 3; Württ. W. G., Art. 21.
[323]) Bay. W. G., Art. 37, Abs. 2; Württ. W. G., Art. 18, Abs. 2.

Soll die Verleihung die Rechtsgrundlage der wichtigsten Unternehmungen sein, deren Anlage meist ungeheure Summen verschlingt, deren Betrieb auf unabsehbare Zeit oder lange Jahre hinaus[324]) vorgesehen ist, und alle übrigen Anlieger und Eigentümer des Flusses meist belästigt, in ihren Rechten beeinträchtigt, so ist es nötig, dem Unternehmer schon vor der Errichtung in den Grenzen der Möglichkeit ein richtiges Bild von der Wirtschaftlichkeit seines geplanten Unternehmens und den Kosten seiner Errichtung zu geben, ihn gegen nachträgliche Angriffe weitgehend zu schützen. Dies kann nur geschehen, wenn vor der Verleihung des Nutzungsrechts allen Möglichkeit zur Aussprache gegeben wird. Es muß also ein geregeltes Verleihungsverfahren durchgeführt werden, in dem alle Bedenken gegen die Verleihung des Rechts erörtert, Entschädigungen und entgegenstehende Rechte angemeldet werden müssen.

1. Einen Anspruch auf Verleihung hat der Antragsteller im allgemeinen nicht[325]). Nur nach dem preußischen W. G. darf die Verleihung eines Nutzungsrechts nur aus den gesetzlich festgelegten Gründen versagt werden. Inhaltlich sind die Gründe, die Erlaubnis zu versagen, von dem Gedanken getragen, daß man das freie Ermessen der Verwaltungsbehörde nicht zum Schaden der Allgemeinheit binden dürfe. So hat sie die Verleihung zu versagen, wenn die Ausübung des verliehenen Rechts das öffentliche Wohl gefährden würde[326]). Dem Ermessen der Verleihungsbehörde ist zwar weitgehende Freiheit gelassen. Gegen eine ungerechtfertigte Abweisung seines Antrags kann der Unternehmer aber in Preußen die Entscheidung einer anderen, von den Anweisungen der Verwaltung unabhängigen Behörde anrufen, indem er gegen die Entscheidung des Bezirksausschusses beim wasserwirtschaftlichen Senat des OVG. Beschwerde führt[327]). Im ganzen gesehen hat der Untertan die Möglichkeit, seinen Anspruch auf Verleihung auch gegen den Willen der Verwaltungsbehörde durchzusetzen, es besteht daher in Preußen ein Recht auf Verleihung. Die Wirkung dieses Rechtes ist allerdings beschränkt, wenn der Unternehmer die Verleihung eines Nutzungsrechts an einem Wasserlauf erster Ordnung begehrt. Die Wasserpolizei kann der Verleihung nämlich schriftlich mit Gründen erfolgreich widersprechen, wenn sie der Ansicht ist, daß der Verleihung überwiegende Rücksichten des öffentlichen Wohles entgegenstehen. An diesen Widerspruch ist auch das Gericht gebunden.

---

[324]) 30—70 Jahre z. B. in § 14 des thür. Notges. v. 20. 12. 1923.

[325]) O. Mayer, Verw. R., 2. Aufl., Bd. II, S. 151; Schenkel-Wiener, a. a. O., S. 100 zu § 41, I; Nieder, a. a. O., S. 239; E. Bay. V. G. H. v. 14. 12. 88, Bd. 10, S. 295; a. A.: nur Baron, a. a. O., S. 82 f.

[326]) Pr. W. G., § 49, I.

[327]) Pr. W. G., § 76, I. An Stelle des Landeswasseramtes ist der wasserwirtschaftliche Senat des OVG. nach der Verordnung v. 12. 3. 24 (Ges. S. 130) getreten.

Andere Wasserrechte kennen allerdings einen solchen Anspruch auf Verleihung des Nutzungsrechts nicht. So kann z. B. die badische Verleihungsbehörde die Verleihung des Rechtes versagen, ohne daß der Antragsteller Rechtsschutz genießt. Auch das württembergische W. G. gibt dem Antragsteller keine Möglichkeit, die Verleihung zu erzwingen.

Liegen also die gesetzlichen Voraussetzungen der Verleihung vor, so soll oder muß die verleihende Behörde dem Antragsteller das Nutzungsrecht verleihen. Dies geschieht durch einen förmlichen Verleihungsbeschluß[328]).

2. Der Verleihungsbeschluß selbst ist ein öffentlich-rechtlicher Staatsakt rechtsgeschäftlicher Natur[329]). Er begründet das darin verliehene Recht, nachdem er rechtskräftig geworden ist[330]).

Begriffsmäßig hat er dem Antragsteller ein Recht zu verleihen; daraus folgt, daß das Verfahren nicht durchgeführt wird, wenn der Antragsteller das beantragte Recht schon aus einem anderen Rechtstitel, wie z. B. Eigentum, herleiten kann[331]).

Der Verleihungsbeschluß ist das Ergebnis des Verleihungsverfahrens, das zeigt sein Inhalt. Hat im Verleihungsverfahren ein Eigentümer eines Anliegergrundstücks oder ein Eigentümer des Wasserlaufs oder ein anderer beliehener Unternehmer der Verleihung widersprochen, weil er schädliche Einwirkungen des geplanten Unternehmens fürchten muß, so darf die Verleihung nur unter der „Bedingung" erfolgen, daß der Unternehmer bestimmte Vorsichtsmaßregeln trifft, die den Schaden verhüten. Diese Bedingungen, die weitgehend sind, dürfen im Rechtssinne nicht als Bedingungen behandelt werden. Die Ausdrucksweise des Wassergesetzes entspricht nicht dem allgemeinen Sprachgebrauch, in Wahrheit sind diese sog. Bedingungen echte Auflagen[332]) i. S. der Rechtswissenschaft. Die Wasserpolizei hat nämlich den Unternehmer zur Erfüllung der Auflagen anzuhalten[333]), die Erfüllung der Auflagen kann sie erzwingen, die Wirksamkeit des Verleihungsbeschlusses ist von der Erfüllung der Auflagen nicht abhängig.

Durch eine Auflage kann die Verleihungsbehörde den Beliehenen zwingen, die Anlagen so zu errichten und zu unterhalten, daß Schäden fremden Eigentums verhütet werden[334]). Wenn die Anlagen des geplanten Unternehmens das Landschaftsbild verunstalten, kann

---

[328]) § 27 des thür. Notges.; § 71 Pr. W. G.

[329]) Kormann, System d. rechtsgesch. Staatsakte, S. 84; Holtz-Kreutz, a. a. O., Bd. 1, S. 266; O. Mayer, Verw. R. II, S. 95.

[330]) § 77 Pr. W. G.

[331]) § 46, II, Pr. W. G.

[332]) § 41 d. bad. W. G. bestimmt richtig, daß die Verleihung unter Auflagen erfolgen könne. Die übrigen W. G. aber nennen diese Auflagen Bedingungen. Vgl. Friedrichs: D. Allg. Teil d. öff. R., S. 95.

[333]) Pr. W. G., § 83.

[334]) § 50, I, Pr. W. G.

dem Unternehmer eine passende Bauweise aufgegeben werden[335]). Das Verlangen der Verleihungsbehörde muß jedoch in allen Fällen mit dem Zweck und der Wirtschaftlichkeit des Unternehmens vereinbar sein[336]). Wasserstandsbeobachtungen, Unterhaltung des Wasserlaufs, auch die Kosten der Überwachung des Unternehmens können dem Unternehmer auferlegt werden[337]). Kann eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs vermieden werden, so ist dem Unternehmer die Errichtung der geeigneten Anlagen aufzugeben[338]). In einigen Staaten kann dem Unternehmer auch die Zahlung eines jährlichen oder einmaligen Entgeltes auferlegt werden[339]).

Der Verleihungsbeschluß bedarf der Schriftform[340]) und ist in der Regel mit Gründen zu versehen. Wirksam wird er mit Eintritt der Rechtskraft. Frühere Ausübung des Rechtes kann dem Beliehenen aber gestattet werden[341]). Die in den Wassergesetzen vorgesehene Eintragung des verliehenen Rechtes in das Wasserbuch oder Wasserrechtsbuch erleichtert den Beweis des Rechtes. Sie gilt aber nur bis zum Beweis des Gegenteils als richtig. Vertrauensschutz gutgläubiger Erwerber findet also nicht statt[342]).

3. Mit der Rechtskraft des Verleihungsbeschlusses kommen Rechtsbeziehungen zur Entstehung, die teils dem öffentlichen, teils dem bürgerlichen Recht angehören.

a) Dem öffentlichen Recht gehören alle Beziehungen an, die nunmehr zwischen dem Beliehenen und dem Staate bestehen. Die Durchführung der Auflagen, die angeordnete polizeiliche Überwachung des Betriebs und der Ausübung des verliehenen Rechtes sind öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen. Andererseits gehört auch die Bindung der Verwaltung dem öffentlichen Recht an. Sie kann nämlich die Ausübung des verliehenen Rechtes durch Verleihen weiterer Rechte nicht wieder unmöglich machen. Dem Beliehenen steht danach also ein subjektives öffentliches Recht zu, das ihm eine rechtlich geschützte Macht über die öffentliche Sache auch gegenüber der Verwaltung gewährt. (§ 81, I Pr. W. G.)

b) Der beliehene Unternehmer tritt aber auch in rechtliche Beziehungen zu anderen ihm gleichgestellten Personen. Dieses „Rechtsverhältnis" gehört dem bürgerlichen Sachenrecht an. Sachenrechtliches, dingliches Rechtsverhältnis ist es, weil dem Unternehmer Schutz unter den Voraussetzungen und Formen gewährt wird, unter

---

[335]) § 58, Pr. W. G., § 41, 2 b Bad. W. G.
[336]) §§ 50, 57, 58 Pr. W. G., § 41, 2, Abs. 2 Bad. W. G.
[337]) §56 Pr. W. G.
[338]) § 57 Pr. W. G., § 41, 2a Bad. W. G.
[339]) § 43 d. Bad. W. G.; § 16 d. Thür. Notges. Art. 73 d. Bay. W. G. Nur § 54 Pr. W. G. verbietet ausdrücklich, dem Beliehenen ein Entgelt für die Benutzung des Wasserlaufs aufzuerlegen.
[340]) § 71 Pr. W. G.; § 54, III. Bd. W. G.
[341]) § 77 Pr. W. G.
[342]) Vgl. §§ 182 ff., 190 Pr. W. G.; Art. 196 ff. Bay. W. G.

denen auch das bürgerliche Eigentum geschützt wird[343]). Der Umfang des Rechtsschutzes gleicht ebenfalls dem Schutz des Eigentums. Das verliehene Recht kann im ordentlichen Rechtsweg verfolgt werden[344]). Dem bürgerlichen Recht gehört dieses Recht deshalb an, weil kein beteiligter Untertan Träger öffentlicher Gewalt ist, weil das Recht vererbt und auch als subjektiv dingliches Recht begründet werden kann[345]).

c) Die obige Auffassung wird nicht allgemein geteilt. Mayer[346]) vertritt die Ansicht, daß auch das durch Verleihung begründete Recht ein öffentlich-rechtliches Vermögensrecht sei. In Preußen ist diese Annahme aber mit der entsprechenden Anwendung der Eigentumsregeln nicht vereinbar. Mayer scheint bei Annahme der logischen Notwendigkeit einer öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung wohl davon auszugehen, daß die gegenteilige oben vertretene Auffassung eine Vermischung öffentlichen und bürgerlichen Rechts enthalte, die das Rechtsinstitut zu einem sog. gemischten Rechtsverhältnis mache. Dieses Bedenken trifft jedoch nicht zu. Die obrigkeitlichen Beziehungen des Staates zu seinen Untertanen werden häufig von bürgerlichrechtlichen Beziehungen der Untertanen untereinander begleitet. Man denke nur an die Steuerpflicht eines Rechtsgeschäfts, an den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren usw.

4. Das verliehene Recht erlischt, wenn der Berechtigte auf die Ausübung verzichtet[347]) oder wenn die Verwaltungsbehörde das Recht dem Beliehenen entzieht. Auch durch Zeitablauf kann es enden, wenn das Recht nämlich nur befristet verliehen war[348]).

Entziehen kann die Verleihungsbehörde das Recht, wenn ein überwiegendes Interesse der weiteren Ausübung des Rechts entgegensteht[349]). Der Berechtigte muß alsdann aber entschädigt werden. In ihrem Wesen ist diese Form der Entziehung ein besonderer Fall der Enteignung[350]). Ohne Entschädigung kann das Recht entzogen werden, wenn der Berechtigte sein Recht verwirkt hat. Dies tritt ein, wenn er fortgesetzt trotz Aufforderung die Auflagen des Verleihungs-

---

[343]) § 81, I, S. 2, Pr. W. G.

[344]) § 81, I, S. 1 Pr. W. G. Richtig ist, wenn Otto Mayer (a. a. O., S. 103, Anm. 20) in der Zulässigkeit des Rechtswegs keinen entscheidenden Grund für die Annahme bürgerlichrechtlicher Beziehungen sieht. Auch die Enteignungsentschädigung, das Gehalt, können im ordentlichen Rechtsweg eingeklagt werden. Der Inhalt des Rechtes ist maßgebend.

[345]) Württ. W. G., Art. 39.

[346]) Otto Mayer, Verw. R., Bd. II, S. 102 u. Anm. 17. Begründung d. Thür. Notges. zu §§ 34—38.

[347]) Otto Mayer, Verw. Recht, Bd. II, S. 103; § 51, I, Ziff. 1 Bad. W. G.; § 45, Ziff. 3, § 46, Ziff. 2 u. 3 d. Thür. Notges.

[348]) § 51, I, Ziff. 3 Bad. W. G.; § 45 Ziff. 1 d. Thür. Notges.

[349]) § 47, I, Bad. W. G.; § 44, I, Thür. Notges.

[350]) Otto Mayer, Verw. R., Bd. II, S. 104.

beschlusses nicht erfüllt[351]) oder innerhalb der gesetzten Frist die Ausführung des geplanten Unternehmens nicht beginnt[352]) oder wenn er eine dem öffentlichen Wohl nachteilige Verleihung erschwindelt hat[353]). Ohne Entschädigung kann das verliehene Recht auch widerrufen werden, wenn der Widerruf vorbehalten ist[354]).

5. Ob, wann und unter welchen „Bedingungen" (Auflagen) ein älteres Nutzungsrecht begründet wurde, läßt sich meist nicht mehr nachweisen. Für den Inhaber eines solchen alten Rechtes, dessen ursprünglicher Inhalt meist gar nicht festgestellt werden kann, wäre es von großer Bedeutung, einen Verleihungsbeschluß als sicheren Nachweis seines Rechtes in die Hand zu bekommen. Die Verleihung des Rechts kann er nicht beantragen, da ihm das gewünschte Recht schon zusteht[355]). Das preußische W. G. gibt ihm deshalb die Möglichkeit, im Wege eines vereinfachten Sicherstellungsverfahrens dieser Vorteile teilhaftig zu werden[356]).

---

[351]) § 85, I, Ziff. 4 Pr. W. G.; § 47, III, Ziff. 2 d. Bad. W. G.; § 44, IV, d. Thür. Notges.

[352]) § 51, I, Ziff. 2, d. Bad. W. G. läßt das verliehene Recht durch Nichtausübung untergehen; Art. 36 d. Württ. W. G., §§ 45 Ziff. 2 u. 18 d. Thür. Notges.

[353]) § 85, I, Ziff. 1 Pr. W. G.; § 45 Ziff. 5 d. Thür. Notges.

[354]) § 45 Ziff. 3 d. Thür. Notges. Der Widerrufsvorbehalt bildet sogar in Bayern die Regel. Durch ihn wird die Rechtsstellung des Beliehenen erheblich geschwächt.

[355]) § 46, II, Pr. W. G.

[356]) §§ 86, 379/81 Pr. W. G.

Lebenslauf.

Am 16. März 1904 wurde ich als Sohn des Bankbeamten Hermann Schwalbe und dessen Ehefrau Elisabeth, geb. Fischer, geboren. Ich besuchte zuerst die Volksschule, dann seit Ostern 1914 das Realgymnasium zu Marburg, wo ich am 1. März 1923 die Reifeprüfung bestand. Nach sechssemestrigem Studium an der Universität Marburg legte ich am 7. Juli 1926 in Kassel die erste juristische Staatsprüfung ab, wurde am 20. Juli 1926 zum Referendar ernannt und bin seitdem im Vorbereitungsdienst beschäftigt. Am 23. November 1927 bestand ich an der Universität Marburg das juristische Doktorexamen und bin seit dem 1. Mai 1928 auch als Assistent der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität Marburg tätig.

Marburg, im Februar 1929.